33
مركز أبحاث القانون المقارن

روح القوانين

الدكتور
عيسى خليل خيرالله

أربيل/ 2010

روح القوانين

الدكتور عيسى خليل خيرالله

٢٠١٠

اسم الكتاب: روح القوانين
المؤلف: الدكتور عيسى خليل خيرالله
الاخراج الفني: مكتب مريوان كرافيك
تصميم الغلاف: كارزان سعدي (مكتب مريوان كرافيك)
طبع: مطبعة شهاب - اربيل
عدد النسخ: 750 نسخة
الطبعة الاولى - 2010

رقم الايداع في مديرية العامة للمكتبات العامة 2491 لسنة 2010

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

من مفاخر حضارة الإسلام العظيمة انها حضارة روحية، ففي هذه الحضارة لكل شيء روح أدركها من أدركها وجهلها من جهلها، روح مؤثرة باعثة في الأشياء، روح تسمو لغايات رفيعة من اتصال بخالقها ورحمة بأخواتها من مخلوقات صانعها، روح أمتزجت بالعلوم والفنون والصناعات فحولتها من أشياء مادية الى ابداعات انسانية رائعة موصولة بالله وبصانع هذه الحضارة رسوله الكريم العظيم عليه أفضل صلاة وأتم تسليم .

من جملة هذه العلوم التي لها روح هو علم القانون، فجرى على ألسنة الناس وخاصة للمتخصصين بهذا العلم الجميل مصطلح "روح القانون" لجأوا ويلجئون لهذا التعبير حينما يحسون أن تطبيق القانون قد ابتعد عن غايته وتحول القانون الى كائن مادي شرس لا رحمة في قلبه، القانون روح وجسد، روح القانون هي العدالة والرحمة التي يسعى القانون لتحقيقها وجسد القانون هي الحروف التي تصاغ بها نصوص التشريعات القانونية والأحكام القضائية . ولكن كيف يتسنى لنا ان نعرف غاية القانون ؟ كيف يحول مشرع القانون هذه الغاية الروحية الى حروف تصاغ بها نصوص القانون ؟

الغاية من من القانون كائنا ما كان هذا القانون هي جلب المصلحة البشرية ودفع المفسدة ولقد تم التعبير عن هذه الغاية من قبل فقهاء القانون وشراحه بتعبيرات متعددة قريبة من هذا المعنى، والقانون في جلبه

للمصالح وفي درءه للمفاسد يجب ان لا يميز بين المكلفين باحكامه حتى يكون جلبه لهذه المصالح متسماً بالعدل والعدالة الروحية رغم ان من فقهاء القانون من يميز بين العدل والعدالة قائلين: "ان صفة العموم والتجريد في القاعدة القانونية تقضي الى قصر هدف القانون على تحقيق العدل دون تحقيق العدالة إلا اذا بدا القانون في صورة دين، والعدل عندهم يعني مساواة مجردة تعتد بالوضع الغالب دون أكتراث بتفاوت الظروف الخاصة بالناس اما العدالة فهي مساواة واقعية تنطوي على معنى الأنصاف والأخذ بتفاوت ظروف المكلفين"[1]. وليت شعري فلماذا يتركون قانونا الهياً ربانياً يحقق العدل والعدالة ويستعيضون عنه بقانون يحقق احدهما فقط؟ وأي القانونين فيه روح ورحمة؟

وجرى الذي جرى وطردت القوانين الروحية فعلاً وحلت محلها قوانين مادية جافة قاسية، ويالها من صفحات في غاية الأهمية تلك التي بين فيها الدكتور عبدالله مصطفى خطوات إبعاد قوانين الحضارة الإسلامية من بلاد المسلمين وأبدالها بالقانون الفرنسي راجعها عزيزي القارىء مراراً حتى تفهم معنى صراع الحضارات[2].

روح القانون ترتبط دائماً بمفهوم آخر وهو حرفية النص، فما الفرق بين حرفية النص و روح القانون ؟يمكن تفسير ذلك من خلال تعريفنا للقانون والذي يعرف بأنه: "مجموعة الاحكام والقواعد الملزمة التي تنظم علاقات

---

(١) عبدالباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، نشر وتوزيع المكتبة القانونية في بغداد، ٢٠٠٩، ص٤١.

(٢) الدكتور عبدالله مصطفى، علم اصول القانون، بغداد، ١٩٩٦، ص ص ٩-٢٠.

الاشخاص في المجتمع تنظيماً يكفل لهم حقوقهم افراداً وجماعات""[1].ومن خلال ذلك التعريف يمكننا القول أن الجهة المسؤولة عن سن القوانين والتشريعات تمارس عملها التشريعي من خلال صياغة تلك القواعد القانونية على شكل قوانين مكتوبة سواء على هيئة دساتير أو اتفاقيات ومعاهدات أو لوائح تنظيمية أو حتى أوامر داخلية تأخذ صفة القاعدة القانونية. فإذا كانت القواعد القانونية تُصاغ بهذه الطريقة لابد لنا أن نعرف الأسباب أو الأهداف أو الغايات التي يبتغيها المشرّع عند صياغته لتلك القوانين.

وبناءاً عليه" إذا كانت مجموعة النصوص و المواد القانونية والتشريعات المكتوبة تعني حرفية النص فإن ما تحمله تلك النصوص القانونية من دلالات وأهداف وغايات هو روح القانون، وبعبارة أخرى يمكن القول أن مفهوم روح القانون يعني الأهداف والأسباب والدوافع من وراء وضع تلك النصوص والتشريعات، وإذا كانت حرفية النص أمر ظاهر للجميع فإن روح القانون لايمكن سبر أغوارها إلا من خلال التمرّس وكثرة التطبيق في مجال العمل القانوني، فليس الجسد كالروح.

ويمكننا من خلال المثال الآتي توضيح الفكرة بشيء من التبسيط :
عندما ينص قانون الجزاء على تجريم جريمة السرقة، وتثبت التهمة على شخص معين من أصحاب التخصصات النادرة جداً التي تخدم البشرية غير أن الظروف القاهرة دفعته للسرقة، فلو اعتمد القاضي على حرفية النص لحكم عليه بالسجن حسب المدة المنصوص عليها في قانون الجزاء ولعدد من السنوات، أما لو اعتمد على روح القانون لنظر إلى الموضوع من زاوية

---

(١) الدكتور عبدالله مصطفى علم أصول القانون، مصدر سبق ذكره، ص٢٦.

أخرى وهي : البحث عن الدوافع التي دفعت بهذا العالم للسرقة؟ وهل يُخشى تكراره لنفس الجريمة ؟ هل توجد لديه نزعة إجرامية داخلية وهل تتوفر لديه الإرادة الآثمة لخرق القوانين ؟ أم أن المسألة كانت نتيجة لظروف قهرية؟ وكم ستخسر البشرية من خلال زجه خلف القضبان؟ وهل ما قام بسرقته يمكن مقارنته بما سيقدمه للمجتمع من إنجازات وفقاً لعلمه وتخصصه النادر...وهكذا . و وفقاً لمثل هذه الاعتبارات التي يمكن للقاضي الاستناد إليها نكون في مثل هذه الحالة قد وقفنا على المعنى الدقيق لروح القانون.

مثال آخر وهو واقعي وحقيقي درسناه خلال مرحلة دراستنا الجامعية الأولى للقانون الجنائي : شاب قام بسرقة سجادة ثمينة من أحد المحلات، وعند القبض عليه اكتشف القاضي أن ذلك الشاب قد سرق السجادة الثمينة ورهنها لدى شخص آخر ليحصل على النقود حتى يجري العملية الجراحية العاجلة لأمه المريضة حيث لا تتوفر لديه تكاليف العملية، وكان ينوي فك رهن السجادة بعد إنقاذ حياة أمه وإعادتها إلى المحل الذي سرقها منه، فما كان من القاضي إلا أن حكم ببراءته إعمالاً لمبدأ روح القانون وليس حرفية النص، إذ أن الشاب لم يسرق السجادة بنية التملك وإنما لمواجهة ظرف طارىء وعاجل وهو إنقاذ حياة والدته .تُعرّف جريمة السرقة بأنها أخذ مال الغير المنقول بدون رضاه بنية التملك.

الخلاصة: مفهوم روح القانون هو التفسير المغاير لمفهوم حرفية النص، فإذا كانت حرفية النص تعني تطبيق النصوص القانونية المكتوبة بحرفيتها فإن مفهوم روح القانون يعني البحث وراء الأسباب والدوافع من وراء تلك النصوص والعمل على تحقيقها أو تطبيقها. وهي بالفعل الأولى بالتطبيق ولكن يبقى الاستفسار الأهم : هل يوجد

لدينا من تتوفر لديه القدرة الدقيقة في فهم أو في استخلاص المعـاني مـن بـين السطور في النصوص القانونية لإعمال مبدأ روح القانون؟!

أقتبست عنوان الكتاب "روح القوانين" من كتاب شارل مونتسيكيو" Spirit of Laws "، كان (شارل مونتـسيكيو) (١٦٨٩–١٧٥٥م) سياسياً ومفكراً فرنسياً، عاش في القـرن الثـامن عـشر أحـدث كتابـه (Spirit of Laws) الذي صدر في جنيف بسويسرا عام ١٧٤٨ ضـجة عالمية في ذلك الوقت، لأنه كان يعكس الظروف التي كانـت تـسود معظـم البلاد الأوروبـية من الناحية الاجتماعيـة والـسياسية والقانونيـة، طالـب (مونتـسيكيو) في كتابـه (Spirit of Laws) إلى تقـسيم المجتمـع الفرنسي إلى ثلاث طبقات، الطبقة المالكة وطبقة النـبلاء والارسـتقراطيين، وطبقة عامة الشعب. وكانت من آرائه في هذا الكتاب أن هناك نوعان مـن السلطات. السلطة الملكية وهي التي تحكم، والسلطة الإداريـة الـتي تـشمل السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية. ويجب أن تـوزع هـذه الـسلطات على طبقات المجتمع الثلاث، بحيث يكون لكل منها سلطة على الطبقـتين الأخريين، والحقيقة ان الذي يقرأ الكتاب يصاب بصدمة من خطورة الأفكـار التي جاء بها مونتسيكيو والتي لاتمت بصلة لروح القانون ويتوصل القارىء لنتيجة مفادها ان بـين حضارة الغرب والفهم سوء فهـم في بعـض الامـور، ومونتسيكيو تعتبره الحضارة الغربـية احـد أبـرز مفكـري عـصر نهـضتها المعاصرة، يقول مونتسيكيو في الفصل الخامس من كتابه[١] :

---

(١) الكتاب منشور ألكترونيا على الموقع http://www.constitution.org/cm/sol.htm

Ch. 5. Of the Slavery of the Negroes.

Were I to vindicate our right to make slaves of the Negroes, these should be my arguments:

The Europeans, having extirpated the Americans, were obliged to make slaves of the Africans, for clearing such vast tracts of land.

Sugar would be too dear if the plants which produce it were cultivated by any other than slaves.

These creatures are all over black, and with such a flat nose that they can scarcely be pitied.

It is hardly to be believed that God, who is a wise Being, should place a soul, especially a good soul, in such a black ugly body.

It is so natural to look upon colour as the criterion of human nature, that the Asiatics, among whom eunuchs are employed, always deprive the blacks of their resemblance to us by a more opprobrious distinction.

The colour of the skin may be determined by that of the hair, which, among the Egyptians, the best philosophers in the world, was of such importance that they put to death all the red-haired men who fell into their hands.

The Negroes prefer a glass necklace to that gold which polite nations so highly value. Can there be a greater proof of their wanting common sense?

It is impossible for us to suppose these creatures to be men, because, allowing them to be men, a suspicion would follow that we ourselves are not Christians.

Weak minds exaggerate too much the wrong done to the Africans. For were the case as they state it, would the European powers, who make so many needless conventions among themselves, have failed to enter into a general one, in behalf of humanity and compassion?

وملخص هذا الفصل أن مونتسيكيو يبرر اتخاذ الزنوج عبيدا ويقول:

إن شعوب أوروبا بعدما أبادت سكان أمريكا الأصليين، وهم الهنود الحمر، لم تر بدا من استعباد شعوب أفريقيا لكي تستخدمها في استغلال هذه الأقطار الشاسعة، فان هذه الشعوب سود البشرة من أقدامهم إلي رؤوسهم، ولا يمكن أن يتصور أحد أن الله، وهو ذو الحكمة البالغة قد خلق روحا، وعلى الأخص روحا طيبة، في أجسام حالكة السواد !!) هكذا نشأت الحضارة الغربية فكرياً، عنصرية مقيتة . أين هذا من قوانين سنت في عهد الدولة العثمانية منعت على القضاة وكتاب الوثائق والعرائض استعمال كلمة "الأعمى" ونعت فاقد البصر بها ووجوب الإستعاضة عنها بعبارة "بصير بقلبه"، وتذكر هذه العبارات العنصرية التي تكلم بها مونتسيكيو بحادثة وقعت في دولة حضارة الاسلام ولكن لاحظ عزيزي القارىء الفرق فبينما أعتبرت الحضارة الغربية مونتسيكيو من كبار مفكريها تعاملت حضارة الاسلام العظيمة مع الافعال والاقوال العنصرية على النحو الأتي : جبلة بن الأيهم ملك غساني أسلم في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأراد العمرة فذهب لمكة وعندما دخل الحرم وبدأ بالطواف وطيء على ردائه رجل من فزارة فالتفت إليه ولطمه لطمةً انكسر أنف الفزاري على إثرها، فذهب الفزاري إلى عمر واشتكى إليه، استدعى عمر جبلة بن الأيهم وقال له: ما هي أقوالك في شكايته ؟

قال جبلة: أيطأ ردائي وهو سوقة وأنا ملك ؟

قال عمر : إن الإسلام سوى بينكما أما وإنك اعترفت، فلابد من القصاص، أو أن يعفو عنك.

قال جبلة : إذن أرجع عن ديني.

قال عمر : إذن نقتلك لإنك مرتد.

قال جبلة : أمهلني إلى الغد ياأمير المؤمنين.

قال عمر: لك ذلك.

وفي المساء جمع قومه والخدم وقرر الفرار لبلاد الروم.

وتم له ذلك، وبعدها رجع للنصرانية، ثم إنه بعد حين ندم على تركه الدين فقال هذه الأبيات

تنصرت الأشراف من عار لطمة ... وما كان فيها لو صبرت لها ضرر

تكنّفني منها لجاج ونخوة ... بعت بها العين السليمة بالعور

فياليت أمي لم تلدني وليتني ... رجعت إلى القول الذي قال لي عمر

وياليتني أرع المخاض بقفرةٍ ... وكنت أسيراً في ربيعة أو مضر

وياليتني بالشام أدنى معيشتي ... أجالس قومي ذاهب السمع والبصر[1]

في هذا الكتاب سنبين أثر الروح على القانون صياغةً وتفسيراً وتطبيقاً في فصول تجمعها هذه المقدمة . الفصل الأول سنخصصه للبحث عن روح القانون وصياغة الحرف وضوابط الصياغة القانونية. والفصل الثاني سنتكلم عن روح النص القانوني وأثره على تفسير النص. الفصل الثالث سيكون عن غياب الروح عن القانون ظلم الحرف وقسوة الحكم في نماذج قانونية وقضائية . الفصل الرابع خص عن حضور الروح في القانون نماذج رقيقة نيرة من حضارة الأنصاف الحضارة المحمدية.

اللهم برحمتك أكتب لهذه السطور القبول عندك وعند نبيك العظيم وعند أصحاب الأرواح الكبيرة الكريمة في هذه الأمة المباركة .

العراق – صيف ٢٠١٠

---

(١) البيهقي، المحاسن والمساوىء، مطبعة السعادة، القاهرة ١٩٠٦، ص٧٢.

الفصل الاول
روح النص وصياغة الحرف ضوابط الانسجام

"قال بعض الفلاسفة المتفننين في التعبير ان لكل موجود اربعة الوان من الوجود: وجود في النقوش والرموز الدالة عليه عن طريق دلالتها على اللفظ، ووجود في الكلمة الدالة عليه بسبب دلالتها على الصورة الموجودة في الذهن، ووجود في الذهن بهذه الصورة الحاصلة له فيه، ووجود في الواقع خارج الذهن"[1].

والقانون كعلم من العلوم له هذه الانواع الاربعة من الوجود، ومحور بحثنا في هذا الفصل هو الوجود القانوني في النقوش والرموز والحروف أو سمه ان شئت ب الصياغة القانونية تشبيهاً لوجوب العناية بالصناعة اللفظية القانونية كالعناية بالذهب في صناعته.

الصياغة القانونية يجب ان تكون معبرة عن غاية القانون التي سبق وذكرناها وهي جلب المصالح البشرية ودرء المفاسد وهذه الغاية هي روح القانون، فما هي الضوابط التي يجب مراعاتها عند صياغة اللفظ القانوني حتى يكون متوائماً مع روحه غير نافر عنها، قبل ان نحدد هذه الضوابط يجب علينا ان نتكلم قليلاً عن لغة القانون وانواعها.

يُقصد بلغة القانون "لغة علم القانون". وكما أن لكل علم مصطلحاته وتعريفاته، فكذلك علم القانون له مصطلحاته و تعريفاته الخاصة به.

---

(١) الدكتور عبدالله مصطفى، علم أصول القانون، مصدر سبق ذكره، ص٤٥.

والمشرع وهو يضع نصوص القانون والقاضي وهو يصوغ الحكم فهو يتعامل مع ألفاظ ومعاني وتعيين اللفظ بإزاء المعنى للدلالة عليه هو غاية علم في غاية الأهمية وهو "علم الوضع "، وفي مجال التشريع والقضاء فالقسم المتعلق بهما من وضع المفردات هو الوضع الإمكاني لأن موضوع اللفظ الوارد في التشريع وفي الحكم القضائي هو من ذوي الأمثال، "ومتى تم وضع اللفظ يصبح للموضوع مفهوم وهو صورة منطبعة في الذهن لهذا الموضوع ويصبح له مدلول وهو الشيء الموجود خارج الذهن، فالمفهوم والمدلول هما المرعيان في الوضع . بيد أن أحدهما متى أختص بمزيد من توجه العناية والقصد إليه في الوضع قلنا إصطلاحاً وتمييزاً للأصناف إن اللفظ موضوع بإزائه فوضع اللفظ إذا كان بازاء المفهوم فهو وضع مفهومي أو بإزاء المدلول فوضع مدلولي" [1]، وبما ان المشرع حين يضع القانون فإنه يضعه لا لشخص محدد بعينه فهو يحتاج أن يصوغ القانون بعبارات ومفردات كلية لذا كان الوضع الذي يستخدمه القاضي هو "الوضع المفهومي"لأن هذا الوضع يتصف بأن المفهوم فيه كلي دائماً، "ومفهوم اللفظ الموضوع وضعاً مفهومياً إما أن يكون مطلق الإنطباق على مدلولاته فينطبق على الواحد منها والرهط وعليها كلها استغراقاً، فاللفظ الموضوع وضعاً مفهومياً إما أن يكون مطلق الدلالة على جزئياته أو متعاقبها . الأول كالأجناس الدالة معانيها أنفراداً سواء كانت أسماً أو حدثاً مقترناً أو غير مقترن بزمان، والثاني كالأجناس الدالة عند تركيب الكلام، سواء كانت

---

(١) الدكتور عبدالله مصطفى، المقتضب في علم الوضع، ص ٢٤٥.

أسماً أو حرفاً ".[1] وسنأتي على كيفية صياغة النص القانوني بإستخدام الكليات .

بينما الأمر يختلف جذرياً عندما يقوم القاضي بصياغة حكمة القضائي فالقاضي يجد أمامه واقعة محددة بشخوص معينين محددين بأسمائهم لذلك هو لن يستخدم عبارات كلية من هنا كان نوع الوضع في الحكم القضائي هو الوضع المدلولي لان القصد عند وضع اللفظ الى مدلول مشخص، فالمدلول المشخص هو المقصود بالوضع ولا يتسنى اليه القصد مالم تستحصل صورته الذهنية .

ومن المنظور اللغوي التطبيقي " يندرج تحت مصطلح "لغة القانون" بصفة عامة أنواع مختلفة من أساليب الكتابة اللغوية، حيث يقسّم البعض لغة القانون إلى ثلاث لغات فرعية وهي : لغة التشريع، ولغة القضاة، ولغة المحاماة، ولكل من هذه اللغات الثلاث سمات تميزها عن غيرها.

وهناك من يميّز بين ثلاثة أنواع رئيسة للغة القانون من ناحية وظائفها بصفة عامة، ومن ناحية تراكيبها بصفة خاصة.

وهذه الأنواع :

(1)الكتابة التشريعية Legislative Writing

وتتكون من الوثائق القانونية النمطية مثل القوانين التي يصدرها البرلمان كسلطة تشريعية، والوثائق الدستورية والعقود والاتفاقيات والمعاهدات وغير ذلك حيث يكون الهدف الرئيس هو تحديد مجموعة من الالتزامات أو المحظورات.

---

(١) المصدر نفسه، ص ٢٥٥.

(2) الكتابة القضائية Judical Writing

وتشمل لغة الأحكام التي تصدرها المحاكم إذ أن هناك صيغة خاصة لإعداد الأحكام القضائية التي تعرف بمنطوق الحكم، والذي يشمل على أدق التفاصيل والأسباب ونوع العقوبة مع بـيان السند القانوني لها.

(3)الكتابة القانونية الأكاديمية Acadmic Legal Writing

ويندرج تحت هذا النوع لغة المجلات البحثية الأكاديمية القانونية، وكذلك كتب المقررات الدراسية والمناهج الخاصة بتدريس القانون.والذي يهمنا في هذا المجال هي اللغة التشريعية واللغة القضائية بالدرجة الثانية لأنها لغة ملزمة وليس للغة القانونية الاكاديمية هذا الالزام

كانت تلك مقدمة بسيطة عن مفهوم لغة القانون ولتوضيح الفرق بـين المصطلحات الآتية :

-الكتابة القانونية Legal Writing و الصياغة القانونية Legal Drefting و الصياغة التشريعية Legislative Drafting

نقول ما ياتي :

(1)الكتابة القانونيةLegal Writing

يُستخدم مصطلح "الكتابة القانونية" " بشكل عام، للتعبـير عن كل أشكال الكتابة التي يكتبها المشرعون و القضاة والمحامون و رجال القانون، ويشمل ذلك على سبـيل المثال لا الحصر ما يأتي:

0الدساتير والقوانين واللوائح والقواعد القانونية والقرارات الإداية.

العقود و القواعد والصكوك والوصيا وما إلى ذلك.

صيغ الدعاوى والمذكرات و الإلتماسات والطلبات القضائية التي تُقدّم إلى المحاكم والأجهزة الإدارية و المُحكمين، وخلافه.

المقالات الأكاديمية والكتب القانونية المنهجية والتعليقات والشروحات القانونية.

على أن جميع أشكال الكتابة القانونية Legal Writing يمكن ردها إلى نوعين رئيسين " هما:

-الكتابة القانونية التحليلية.Legal Analysis

-الصياغة القانونية. Legal Drafting

ويُقصد بالكتابة القانونية التحليلية تلك التي تنبني على التحليل القانوني و تعرض وقائع قضية معينة وتحدد الأسانيد القانونية ذات الصلة التي تدعم الموضوع محل الخلاف أو المسألة القانونية محل البحث، وتستشهد بالآراء والنصوص القانونية التي تدعمها . ومن ثم " فإنه يمكن القول بأن التحليل القانوني هو آلية التفكير التي عن طريقها ينطبق القانون على القضية محل البحث[1].

هذا ويستلزم التحليل القانوني أربع خطوات: الأولى تحديد الموضوع أو المسألة القانونية. و الثانية: تحديد القاعدة أو القانون لذي ينطبق أو تم تطبيقه من قبل على هذه المسألة . والثالثة: تحديد كيف ينطبق القانون على المسألة مدار البحث. وأخيراً: استخلاص النتيجة.

كما أن التحليل القانوني ينقسم بدوره إلى قسمين " هما:

---

(١) انظر كمال عبد الواحد الجوهري، القصور التشريعي، القاهرة، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الاولى، ١٩٩٤، ص٦٠.

- التحليل الموضوعي Objective Analysis
- التحليل الإقناعيPersuasive Analysis

ويُقصد بالتحليل الموضوعي Objective Analysis الكتابات التي تبحث في الموضوع بشكل موضوعي مسألة قانونية وتُقدّم الأسانيد authorities التي تحكمها، وتشرح وتطبق تلك الأسانيد للتوصل إلى نتيجة ما تعرضها، وتكون عادة على شكل مشورة أو توصية أو رأي قانوني.

والمثال الشائع على ذلك " المذكرة القانونية بإبداء الرأي Legal Memorandumوالمذكرات الداخلية والخطابات التي يكتبها المحامي إلى موكلة بشأن مسألة قانونية يُطلب منه إبداء الرأي بشأنها، وكذلك " الأحكام القضائية.

ويرتبط هذا النوع من الكتابات بالبحث القانوني لأنه يعتبر عادةً بمثابة بحث في مسألة معينة ينتهي إلى رأي قانوني موضوعي بخصوصها.
أما التحليل القانوني الإقناعي Persuasive Legal Analysis فيهدف إلى إقناع صانع القرار بأن يفصل في نزاع معين لصالح موكل المحامي الذي كتبه . ومثال هذا النوع من الكتابات : المذكرات Briefs و الطلبات Motions التي تُقدّم عادةً أمام المحاكم كما يمكن تقديمها إلى الوسطاء و المحكمين وغيرهم ممن يفصلون في المنازعات. وبدورها تنقسم المذكرات التي تُقدّم إلى المحاكم Briefs إلى نوعين هما : المذكرات التي تقدّم أمام محاكم الموضوع Trial Briefs و المذكرات التي

تُقــدّم امــام محــاكم الاســتئناف. Appellate Briefs ورغم أن المذكرات التي تُقدّم إلى المحاكم شأنها في ذلك شأن المذكرة بإبداء الرأي Memorandum تُلخص وقائع الدعوى وتعرض مسألة قانونية و توضح الأسانيد ذات الصلة وتطبقها عليها، فإن الجزء التطبــيقي منهــا، على عكس المذكرة بإبداء الرأي، يُصاغ في شكل مرافعة يترافع فيها كاتبها لصالح وجهة نظر معينة ولا يُقدّم تحليلاً محايداً.

ويرى الـبعض أن صـيغ الـدعاوى و الطلبـات القـضائية و المـذكرات المقدمة أمام المحاكم تندرج تحت "الصياغة القانونية" علـى أسـاس أنهـا تصاغ وفق قوالب معينــة . بــيد أن الأنـسب تـصنيفها ضـمن "الكتابـة الإقناعية" لأن المحامي يسعى من ورائها إلى إقناع المحكمة بحجج موكله وما يستطيع من خلاله أن يجعل الحكم يميل لصالحه.

وهنا نعود للمقصد الاساسي لهـذا الفـصل وهـو ضـوابط الـصياغة التشريعية إن الإهتمام بمسألة الصياغة القانونية ليس مجرد إعتناء بالجانـب الشكلي والإجرائي، إنما الهدف منه هو الوصول إلى تطبــيق القانون والحكم الراشد من خلال سن تشريع جيد ومتطور، في منتهى الوضـوح والدقـة في الصياغة، منسجما مع الدستور وغير متعارض مع القوانين الأخرى، مفهوم عند عامة الناس وقابل للتطبــيق.

المبحث الأول
تعريف الصياغة القانونية

تتكون القاعدة القانونية من عنصرين: عنصر العلم وعنصر الصياغة. يتعلق عنصر العلم بجوهر القانون وموضوعه، أي بالمادة الأولية التي يتكون منها القانون، وبالعوامل التي تدخل في مضمونه أي القوى الخلاقة للقانون. أما عنصر الصياغة فيتمثل في إخراج هذا المضمون إلى حيز العمل من خلال الوسائل الفنية اللازمة لإنشاء القاعدة القانونية والتعبير عنها، وتسمى بأساليب صناعة أو صياغة القانون. وعلى هذا فالصياغة القانونية هي: وضع الافكار القانونية الموجودة في ذهن المشرع او القاضي بقوالب من حروف تلفظ باللسان وتكتب على الورق، ويتم ذلك عن طريق اختيار الوسائل والأدوات الكفيلة بالترجمة الصادقة لمضمون القاعدة وإعطائها الشكل العملي الذي تصلح به للتطبيق.

وتعد الصياغة القانونية عنصرا هاما من عناصر تكوين الاحكام والقواعد القانونية، فهي التي تخرجها إلى حيز الوجود ويتوقف نجاح تلك القاعدة على دقة الصياغة ومدى ملائمة أدواتها. لهذا ينبغي مراعاة الدقة في صياغة القاعدة القانونية من خلال اختيار التعبير الفني العملي وأقرب السبل وأفضل الأدوات لتحقيق الغاية المقصودة منها.

المطلب الاول: فن الصياغة

يتمثل المضمون التشريعي في قواعد ترمى إلى تحقيق مصالح وتصاغ في صورة نصوص .وهذا هو" فن الصياغة القانونية "، ويقصد به مجموعة الوسائل والقواعد المستخدمة لصياغة الأفكار القانونية في نصوص تشريعية

تعين على تطبيق القانون من الناحية العملية، وذلك باستيعاب وقائع الحياة في قوالب تشريعية لتحقيق الغرض الذي تنشده السياسة القانونية.
إن موضوع هذا الفن وغايته هو تسهيل العمل بالقانون، ويتحقق ذلك من خلال امرين:

اولهما: استخدام مناهج وأساليب في الصياغة تمكن قدر الإمكان المستطاع من احتواء كافة الوقائع في مجال القواعد القانونية. إن وقائع الحياة المتنوعة تعصى على الإدراك، في حين أن أساليب الصياغة القانونية محدودة الإمكانيات. لذا يصعب على أي فن بشري، مهما بلغ من كمال، أن يصوغ مبادئ وقواعد تصلح لكل الأمور وفي كافة الأزمان. وينبغي أن تصب القواعد وتصهر وفقا للأشياء والوقائع على نحو تتسع لما بينها من تنوع وتفاوت، أي أن ينبغي على المشرع أن يجمع في الصياغة القانونية بين كمال التحديد وإتقان التكييف. وهنا يبرز الفرق الرئيسي بين القوانين الالهية والقوانين البشرية فالقوانين الالهية تستوعب الازمنة والامكنة جميعاً لانها روحاً وجسداً نصاً وحرفاً من الله ذو الكمال او تكون صياغتها استناداً للنص الالهي كما هو الحال في الاجتهادات الفقهية لعلماء حضارة الاسلام بينما القوانين البشرية صياغتها الحرفية من بشر ذوي نقص وجهل.

ثانيهما: خلق الأفكار القانونية: إن الحياة الاجتماعية تولد مصالح وحاجات معينة، ويأتي فن الصياغة القانونية لإشباع هذه الحاجات، من خلال استخدام وسائل مصطنعة وأفكار قانونية .وهكذا يتضمن كل قانون عناصر مادية توفرها الحياة، وعناصر مصطنعة من خلال الصياغة القانونية[1].

---

(١) القصور التشريعي، المصدر السابق، ص٧١.

المبحث الثاني
الصياغة الجامدة والصياغة المرنة

المطلب الأول : الصياغة الجامدة

تعتبر صياغة القاعدة القانونية جامدة إذا كانت تواجه فرضا معينا أو وقائع محددة وتتضمن حلا ثابتا لا يتغير مهما اختلفت الظروف والملابسات. لذا يجد القاضي نفسه مضطرا لتطبيق الحل أو الحكم بمجرد توافر الفرض بطريقة آلية وصارمة.

وينطبق ذلك على القواعد التي تتضمن مواعيد وأرقام بالنقض أو الإستئناف. فمتى فات الميعاد المحدد للطعن، فإن القاضي لا يملك إلا الحكم بعدم قبول الطعن المرفوع بعد الميعاد.

فقد كان من الممكن أن يأخذ المشرع بمعيار مرن عند تحديد سن الرشد بالنسبة إلى المواطنين، هو الأخذ بالبلوغ الطبيعي، فلا يعتبر رشيدا إلا الشخص البالغ من الناحية الفسيولوجية، القادر على فهم وإدراك تصرفاته. وكانت الشرائع القديمة تأخذ بهذا المعيار المرن، الذي يختلف باختلاف الأفراد، ويراعي الفروق الواقعية بينهم، لأن البلوغ الطبيعيين يتفاوت من شخص إلى آخر،ولكن كانت هناك صعوبة في تطبيقه لأن إثباته ليس دائما يسيرا من الناحية العملية. لذا عدلت الشرائع الحديثة عن هذا المعيار المرن، الأكثر اتساقا مع العدالة، وأخذت بقاعدة جامدة، أسهل تطبيقا في العمل،

فحددت سنا قانونية للرشد يتساوى فيه جميع المواطنين، بغض النظر عن درجة بلوغهم الفسيولوجي.

المطلب الثاني: الصياغة المرنة

تكون الصياغة مرنة إذا اكتفت القاعدة القانونية بإعطاء القاضي معيارا مرنا يستهدي به في وضع الحلول المناسبة لكل حالة على حدة من القضايا المعروضة عليه طبقا للظروف والملابسات المختلفة. فالقاضي بسلطة تقديرية واسعة إزاء تطبيق القاعدة المرنة.

مثل ذلك القاعدة القانونية التي تعطي للواهب الحق في الرجوع في الهبة متى كان يستند إلى عذر مقبول. فلا شك أن معيار العذر المقبول معيار مرن يتيح للقاضي السلطة الكاملة في تقديره وفقا لظروف كل حالة على حدة.

وتعتبر قواعد قانون العقوبات مرنة إذا كانت تحدد العقوبة من خلال وضع حد أقصى وحد أدنى مع ترك الحرية للقاضي في تطبيق العقوبة المناسبة بين هذين الحدين طبقا للظروف الخاصة بكل حالة على حدة.

المطلب الثالث: الحاجة للصياغتين معا

الواقع أن القانون الوضعي في حاجة إلى النوعين من الصياغة في نفس الوقت. فالأصل أن تكون القواعد القانونية منضبطة ومحددة، إلا أنه توجد حالات كثيرة لابد وأن تصاغ فيها القواعد بصورة مرنة تتجاوب مع الظروف المتغيرة وما قد يستجد من وقائع.

فالمشرع قد يفضل هجر القاعدة الجامدة والأخذ بالمعيار المرن، فمثلا قد يحدد المشرع الغبن في المعاملات بنسبة معينة من قيمة الشيء محل التعامل، وقد يهجر المشرع هذه القاعدة الجامدة ويأخذ بالمعيار المرن، مثل عدم التعادل البتة بين التزامات كل من الطرفين، تاركا للقاضي تقدير كل حالة على حدة، حتى تتلاءم القاعدة القانونية مع تباين الحالات الواقعية، كما هو الحال في نظرية الإستغلال.

ويجب بقدر الإمكان أن تجابه القواعد في صياغتها كافة الفروض والظروف وكذلك ما يجد من تطورات واحتمالات. لعل الأسلوب الأمثل عند تحديد نطاق تطبيق القاعدة القانونية يكون من خلال التباين بين المثال والحصر:

١- ذكر حالات انطباق القاعدة القانونية على سبيل المثال، مع إفساح المجال أمام القاضي للقياس، كي تشمل القاعدة ما يطرأ من أحداث ووقائع.

٢- وقد يرى المشرع تحديد نطاق تطبيق القاعدة القانونية بصورة دقيقة محددة، على نحو لا يترك للقاضي الحرية في القياس، وذلك حرصا على استقرار المعاملات، وصونا لمختلف الحريات. ويبدو ذلك بصفة خاصة في مجال قانون العقوبات، حيث يترتب على القياس تجريم أفعال لا ينص عليها القانون، الأمر الذي يتعارض مع مبدأ الشرعية.

المبحث الثالث
قواعد الصياغة التشريعية الجيدة

هناك قاعدتان للصياغة التشريعية الجيدة هما:

المطلب الأول: قاعدة المنطق العلمي

وتتمثل في المرور بخطوتين متتالتين في عملية التشريع: الأولى هي الإجابة على سؤال: هل نحتاج إلى حل/ تدخل تشريعي أصلا لمواجهة الموضوع المطروح علينا؟، فإذا كانت الإجابة بنعم نأتي إلى السؤال التالي: ماهي الخطوات المنطقية التي تضمن السير في عملية التشريع بطريقة علمية أو كفاءة أعلى؟

إن الإجابة على السؤال الأول تعين على تجنب ظاهرتين كلاهما أخطر من الأخرى في التشريعات وهما الإسراف التشريعي، وتضارب القوانين. فالقانون الجيد هو الذي يأتي كثمرة لدراسة علمية حتى لا تكون أحكامه متعارضة مع أحكام أخرى، أي أن دوافع إعداد القانون يجب أن تستقى من واقع يمليها وهذا بدعوة أهل الرأي والمتخصصين للإدلاء في مشروع القانون . تجنبا للثغرات القانونية التي تؤدي إلى ذيوع الفساد وخاصة عند تطبيق القوانين. ولكي تكون القوانين واضحة ومحددة وصريحة. وإذا ما قرر المشرع حاجة المجتمع للتدخل التشريعي فإنه يحتاج إلى:

-النظر إلى دستورية المشروع وتنقيته من شبهة عدم الدستورية.

-النظر لتشابه مشروع القانون مع القوانين الأخرى السارية.

-التأكد من الوضوح في كل نص وعدم تكراره.

-دراسة الأثار علميا حول القانون، حيث أن القانون لايوضع بناءا على انطباعات كما ان الوقائع الفردية لا تشكل ظاهرة هامة، تستدعي وضع قانون.

وعندما يرى المشرع ضرورة التشريع فعليه أن يحدد:

١- السياسة التشريعية التي يدافع عنها ويترجم أهدافها إلى نصوص قانونية.

٢- الأهداف التي ينوي تحقيقها.

٣- الحق الذي يحتاج إلى الحماية أو الرعاية القانونية.

هذا ولأن القاعدة القانونية هي محصلة تفاعل عوامل ومعطيات رئيسية أبرزها:

-معطيات طبيعية، أي الظروف التي يوجد فيها الإنسان سواء كانت ظروف مادية أو معنوية أو أن تكون معطيات إقتصادية واجتماعية. وهذه الحقائق وإن كانت غير كافية لإنشاء القاعدة القانونية إلا أنها تعد المادة الخام الأولية التي يجب أن يقف عليها المشرع عند البدأ في التفكير في إنشاء قاعدة قانونية أو محاولة رسم حدود أو نطاق المسائل القانونية التي يريد تنظيمها.

-معطيات تاريخية، أي التراث الذي خلفته الأجيال السابقة للبشرية في مجال ينظم علاقاتها الإجتماعية من عرف وعادات وتقاليد. ولكن تلك الحقائق لا تتصف بالجمود كالحقائق الطبيعية لذا يجوز التدخل في تشكيلها وما يواكب الظروف العصرية للمجتمع.

-معطيات عقلية، أي الحقائق العقلية التي يمكن أن يستخلصها العقل من الحقائق الطبيعية والتاريخية فيقوم بالكشف عنها وتجسيدها.

-معطيات مثالية، أي آمال الجماعة وأمانيهـا وطموحاتهـا المـستمرة نحـو النهوض بالقوانين وتطويرهم، وبهذا تكون المعطيـات المثاليـة قـادرة علـى التأثير في المعطيات الثلاثة السابقة.
والمشرع في حاجة إلى استحضار هذه المعطيات وتفعيلها معا، لتحديد أهداف وملامح التشريع المرجو ثم لصياغته بالطريقة الملائمة وربما يراه البعض أمرا تنظيريا أكثر من اللازم، لكنه في الحقيقة تجسيد لمنطق بسيط وهو العقلانية والنظرة الشمولية في التعامل مع قضايا الصياغة التشريعية وقـد اعتـاد عليه النواب ومارسته البرلمانات طويلا، حيث كلما كانت ممارسة هذا النهج مستقرة وعامة كلما كانت جودة التشريعات أعلى وتوافقهـا مـع مبـادئ الديموقراطية والحكم الجيد.

المطلب الثاني: قـاعدة حرفـية الصـائغ

تعتبر الصياغة التشريعية من الوسائل الفنية اللازمة لإنشاء القواعد القانونية ضمن أسس ومبادئ لابد من معرفتها وإتقـان فنونهـا كـصناعة احترافية، تتكون موادها الأولية من معرفة مصادر القانون المختلفة باعتبار أن هذه المصادر تشكل الأدوات العامة لكل البناء الفني والتي بموجبها يتم تعبـير عن قواعد القانون ومضامينه من خلال طرق عديدة أهمها المعرفـة التامة والمصطلحات وخصائص القاعدة القانونية من قبل المشتغلين بالعمـل التشريعي. فبعد جمع المشرع بالمواد الخام يـتم وضـعها في قوالـب أو نمـاذج تشريعية وهنا يأتي دور الصائغ الذي يتولى تحويل المواد الخام إلى نـصوص قانونية قابلة للفهم والتطبـيق أي أننا إزاء عملية من مـستويين متـداخلين باستمرار الأول، هو تحديد السياسة التشريعية والأهداف المرسومة للتشريع

المقترح والثاني، هو وضعها في أطر مقننة . لهذا يفرق البعض بين الصياغة القانونية " فن احترافي" وطريقة وضع النصوص التشريعية (عمل برلماني سياسي)، وكلاهما يتطلب الإلمام بفن استخدام الوسائل القانونية لتحقيق الغرض التشريعي .

اولاً: وضع النصوص القانونية:

من الشائع استخدام طريقتين، الأولى، هي الحلول التفصيلية حيث يلجأ المشرع إلى صياغة النصوص التشريعية لتعالج كل ما يدور في خياله من حالات خاصة وما يمكن أن يتصوره من حوادث فيقرر لكل حالة أو حادثة متوقعة حلها القانوني الذي يراه حسب طبيعة ومقتضيات تلك الحالة (وهذا هو التدخل التفصيلي الإيجابي ومثاله جداول الضرائب حسب شرائح الممولين). كما قد يترك المشرع للقاضي مهمة بحث كل حالة على حدى ووضع الحل المناسب لها في ضوء ما يكتنفها من ظروف موضوعية (التدخل التفصيلي السلبي ومثاله الحدود القصوى والدنيا للعقوبة)

أما الطريقة الثانية في وضع النصوص القانونية فهي الحلول العامة حيث يضع المشرع حلولا عامة مجردة (مثال: قواعد النظام العام)ولعل أخطر ظاهرة سلبية قد تنتاب المشرع في عملية وضع النصوص القانونية هي " حشد" القوانين والنصوص والأحكام ...، ومن المستقر فقها وقانونا، على سبيل المثال، أن تعديل أو إنشاء أكثر من قانون عمل غير جائز تشريعيا، فلا يجوز تعديل قانون إلا بقانون خاص به، لأن التعديل كالإنشاء، كما أنه لا يجوز أن يصدر قانون يتضمن أكثر من الموضوع واحد ولا تعديل أكثر من قانون بقانون واحد. فالقانون كالكائن الحي، له ذاتيته واستقلاله وكيانه وشهادة ميلاده، كل ذلك على سبيل الأفراد ولا سبيل للجمع فيه. ولا

يستثني من هذه القاعدة إلا حالة ما إذا صدر قانون جديد يلغي كل نص يخالف أحكامه، حيث يمتد هذا الحكم إلى عديد من القوانين في ذات اللحظة، وعندئذ يكون سريان القانون الجديد (ولو أنه لم يشر إلى الأحكام التي يلغيها في القوانين الأخرى) بمثابة صك الإلغاء للأحكام المخالفة له في القوانين السارية / القديمة.

ويلاحظ أن المشرع قد يلجأ إلى هذا الإستثناء بنوع من الإفراط أحيانا، حيث تتضمن العديد من التشريعات نصا (عادة في أواخر القانون) يقضي بإلغاء كل نص يخالف أحكامه، في حين أن التوسع في هذا الإستثناء يفقده معناه.

فمن ناحية أولى، قد لا يحتاج المشرع إلى إيراد هذا النص في كل القوانين الجديدة، وذلك إعمالا لقاعدة "اللاحق ينسخ السابق"، وهي قاعدة مستقرة لا تحتاج إلى توكيد في نص خاص (مثال: زيادة أسعار الرسوم...). ومن ناحية أخرى، قد لا يكون هناك نصوص أخرى سارية تتضارب أحكامها مع أحكام القانون الجديد، أو تكون قليلة ومعروفة جدا، وبالتالي فإن تنقية التشريعات وتبسيطها وتقليل أعدادها يتطلب القيام بدراسة دقيقة وشاملة للقوانين السارية، وتحديد ما إذا كان الأمر جديرا بتعديل بعض أحكامها مباشرة دون الإسراف في اللجوء إلى منهج " الأسهل في الأحوط . "فهذا يعني عند تطبيق القانون أن المواطن والمحامي والقاضي ورجال الأمن وغير ذلك من الجهات التنفيذية سوف يضعون كافة القوانين المتعلقة بالقانون الجديد أمامهم ودراستها وتنسيق علاقاتها ببعضها البعض قبل تطبيق أحكامها، وهذا ما يجده المرء في الواقع القانوني والقضائي العربي على وجه العموم.

ثانياً: حرفيـــة الصائـــغ:

يقوم الصائغ بترجمة ما يعرض عليه إلى قواعد محددة مبوبة وهو يسمى " النصوص القانونية" ، والصياغة الجيدة هي التي تعين على تحويل الأفكار والأهداف إلى نصوص قانونية، تؤدي فقط ما هو مطلوب دون أن تتضمن ما لا يراد. كما أن إجادة القواعد اللغوية عامل حاسم في الصياغة الجيدة، حيث يدقق الصائغ في اختيار الألفاظ على ضوء إدراكه لأهداف واضع التشريع، حتى يتحقق الغرض المطلوب من القانون.

ومن الوسائل التي يجب على الصائع القانوني أتباعها لجودة الصياغة :

١- تجنب استخدام الكلمات الغامضة.

٢- تجنب استخدام الكلمات المثيرة للإلتباس.

٣ -غط كل نطاق المعنى.

٤- استخدام الكلمة نفسها بالمفهوم ذاته، واستخدام كلمة مختلفة للتعبير عن مفهوم مختلف.

٥- لا تستخدم الكلمات الغير الضرورية.

٦- استخدام الكلمات الواردة في القوانين ذات الصلة.

٧- تجنب العبارات الوصفية والظرفية المثيرة للإلتباس.

٨- استخدام "واو" العطف وحرف "أو "بعناية.

٩- تجنب "حشو" الجملة التشريعية (يفضل استخدام جملا قصيرة).

١٠- للتوضيح، استخدام التبنيد. tabulation

١١- استخدام صيغة الإثبات ولا تستخدم صيغة النفي.

١٢- تجنب استخدام صيغة "يكون" في كل أشكالها.

١٣- استخدام مفردات كلمات تلائم مستخدمي القانون.

١٤- ضع المفهوم الأكثر أهمية في نهاية الجملة، وحدد موقع العبارات التابعة والوصفية.

١٥- تجنب الإدماج بطريق الإحالة.

١٦- أدخل الإحالة الداخلية بطريقة صحيحة

والأهم من كل هذه النقاط للمشرع وهو يصوغ الأحكام التشريعية بإستخدام الكليات في الصياغة، ولكي تعرف معنى الكلية إيها المشرع أرجع لعلم المنطق فستجد فيه باباً يسمى انواع القضايا المنطقية ومن هذه القضايا المنطقية هي الكلية التي عرفها علماء المنطق بأنها : قضية حملية حكم فيها على جميع أفراد الموضوع [١] ، والقضية الحملية يجب أن تشتمل على لفظ يدل على كمية أفراد موضوعها فإذا كان اللفظ يدل على الجزئية كانت القضية جزئية كما لو قيل "زيد كاتب" وإما أن يكون اللفظ كل وهذه القضية كلية كما لو قيل "كل أنسان عاقل" وهذه الصيغة الكلية هي التي يجب أن يستعملها صائغ النصوص القانونية ومشرعها بينما القاضي في إصداره للحكم على شخص معين في قضية معينة فأنه يجب أن يستخدم القضية الجزئية في الصياغة، ان الصياغة بإستخدام الكليات ستتصف بالأختصار يقتصد فيها اللفظ اقتصاداً وعلى سبيل المثال ومن باب التدريب للمشرع على إستخدام الصيغ الكلية في الصياغة والمقارنة مع نصوص قانونية حاضرة أورد هنا صياغات كلية لأحكام قانونية أوردها فقيه حاذق من فقهاء حضارة الإسلام الفقيه هو أبو عبدالله محمد المقري المتوفى عام ٧٥٩ للهجرة وهو فقيه أندلسي ألف كتاباً رائعاً في الكليات أسماه

(١) التهانوي، كشاف إصطلاحات الفنون، الجزء الثاني صفحة ١٢٦٤.

"الكليات الفقهية" [1] ، في قانون الأحوال الشخصية [2]عندما أراد المشرع أن يحدد المحرمات من النساء للزواج أستخدم هذه الصياغة : "المادة الرابعة عشرة - ١ - يحرم على الرجل أن يتزوج من النسب أمه وجدته وإن علت وبنته وبنت إبنه وبنت بنته وان نزلت . وأخته وبنت إخته وبنت أخيه وان نزلت وعمته وعمة أصوله وخالته وخالة أصوله .

٢ - ويحرم على المرأة التزوج بنظير ذلك من الرجال .

المادة الخامسة عشرة - يحرم على الرجل أن يتزوج بنت زوجته التي دخل بها وأم زوجته التي عقد عليها . وزوجة أصله وان علا وزوجة فرعه وان نزل .

المادة السادسة عشرة - كل من تحرم بالقرابة والمصاهرة تحرم بالرضاع إلا فيما استثني شرعا ."

بينما الصياغة بإستخدام الكليات كانت هكذا : "كل امرأتين بينهما من القرابة أوالرضاع مايمنع تناكحهما لو كانت إحداهما ذكراً، فلا يجمع بينهما"[3]

ومن امثلة الكليات في باب الأحوال الشخصية :

"كل من أرضعت شخصاً أو من أرضعته أو من يرجع نسبه إليه فهي أمه"

---

(١) المقري، الكليات الفقهية، تحقيق محمد بن الهادي أبو الاجفان، الدار العربية للكتاب، ١٩٩٧.

(٢) قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لعام ١٩٥٩، منشور في الوقائع العراقية العدد ٢٨٠.

(٣) المقري، الكليات الفقهية، ص١٢٧.

"كل ما يؤثر في مقصود النكاح وجوباً أو طبعاً من العيوب أوخالف الشرط فإنه يرد به وبالعكس"

"كل ما الغالب كونه للنساء خاصة من متاع البيت فالقول فيه قول المرأة وإلا فقول الرجل"

"كل حامل يثبت بوضعها حكم فلا تصدق فيه إلا ببينة"

"كل نكاح يلحق فيه الولد فاللعان يصح فيه"

"كل أم لها النفقة فعليها الإرضاع بلا اجر وبالعكس، فإن أصابها عذر يمنعها فعلى الأب"

ومن أمثلة الصياغات الكلية في العقود :

"كل ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز بيعه إلا أن يكون المانع تعلق حق الغير فيتوقف على رضاه"

"كل صفة تختلف الأثمان باختلافها أو الأغراض لأجلها فواجب ذكرها وإلا فلا عبرة بها"

"كل مايباع بالنقد والأجل فالقول في دفع ثمنه قول البائع "

"كل ما لاتضبطه الصفات أو يؤدي ضبطه بالصفات المعتبرة فيه إلى تعيينه فلا يجوز السلم فيه"

"كل من أخر ما وجب له عد مسلفاً"

"كل من أنتقل إليه الملك بغير معاوضة فلا شفعة فيه"

"كل عقد ترتبت مصلحته عليه بنفسه فهو على اللزوم"

"كل عقد فوضعه على أستغراق الزمان إلا ما خصه الشرع أو العرف"

"كل ما يحل في البيع يحل في الإجارة وكل ما يحرم في البيع يحرم في الإجارة"

ومن أمثلة الكليات المتعلقة بالحجر والتوثيق والتفويض

"كل ما سوى المال ولوازمه فلا حجر فيه علـى المكلـف إلا ان يخـاف الأب سفهاً فله ضم الحديث العهد بالبلوغ إليه حتى يتبـين امره"

"كل من وكل على الإقرار بأمر فهو مقر به بالتوكيل"

ومن كليات الشهادات والأقضية

"كل من عضد قوله عرف أو اصل فهو المدعى عليه وكل من خـالف قوله احدهما فهو المدعي، فالمدعى عليه أقوى المتـداعيين سـبباً والمـدعي أضعفهما"

"كل من لا يدفع الدعوى فإنه يحكم عليه بلا يمين ولو كان المدعى في يده"

"كل ما لا يظهر للرجال فإنه يثبت بإمرأتين"

ومن كليات الجنايات

"كل من ليس بمكلف من الناس فعمده كالخطأ فيما يتعلق بالمال"

"كل شيء معه حافظه فهو حرزه"

ومن كليات الفرائض والوصايا

"كل ما يتصور انتفاعه أو الأنتفـاع بـه شـرعاً فالوصـية تـصح لـه وبالعكس"

"كل ما يدل على الرجوع في الوصية فهو رجوع وبالعكس"

"كل قاتل لا يرث إلا مامور الإمام ونحوه والمخطىء من غير الدية"

"كل بائن لا ترث إلا البائن في مرض الموت"

المبحث الرابع
عيوب الصياغة [1]

ومن أبرزها، فحسب خطورتها على نوعية التشريع:

١- الخطأ المادي، فقد تقع أخطاء مادية أثناء الطباعة إما بسبب وجودها في أصل النص أو مسودته، وفي أحيان كثيرة تؤدي إلى التأثير في المعنى، وأحيانا إلى تغييره أو تغيير ما أراده المشرع .

٢- الخطأ القانوني، وعادة يكون غير مقصود، بحيث يستوجب التصحيح. كما قد يكون الخطأ من نوع النقص، حين يأتي إغفال لفظ في النص التشريعي بحيث لا يستقيم الحكم بدونه، فيجب تداركه.

٣- الغموض، وهو نص غير واضح الدلالة، إذا لا يدل على ما فيه بالصيغة التي وضع فيها، ويحتاج لفهمه أن يستكمل من خارج عبارته مما يضطر المشرع أو الحكومة في هذه الحالة إلى إصدار "تفسيرات" لإزالة الغموض.

٤- التعارض، فقد يصطدم نص مع نص آخر بحيث لا يمكن الجمع بينهما على الرغم من فهم مضمونه كل على حده، مثال ذلك تعريفات العامل والفلاح في قوانين العمل ومباشرة الحقوق السياسية والنقابات العمالية في مصر، فتارة يأخذ المشرع بمعيار"الشهادة/التعليم"، كما في

(١) عبد السلام علي المزوغي، النظرية العامة لعلم القانون، دار الجماهيرية للنشر، طرابلس، ١٩٨٨، ص٣٨٦.

حالة النقابات، وأخرى يأخذ بمعيار " المهنة" كما في حالة الترشيح للإنتخابات البرلمانية.

٥- التكرار في القانون ذاته أو في قانونين مستقلين، وهذا من شأنه إحداث أرباك وإرهاق لا مبرر لهما، كما أنه يقود إلى إفراز ثغرات أكبر في القانون.

هذه بعض العيوب التي قد تطال النصوص التشريعية والتي تحتاج من أجل تلافيها إلى الدقة والمعرفة باللغة العربية ومفرداتها، والتدقيق في النصوص التشريعية ومراجعتها وتمحيصها، حتى نتمكن من سن قوانين واضحة ومحددة تساعد في الحياة العملية، إذا ما تمت مراعاة الفن القانوني ضمن معاييره وأسسه.

ومن أبرز هذه المعايير:

-الإيجاز، حيث أن النص القانون ينظم حالة أو ظاهرة تنظيما دقيقا بكلمات محددة، لذا يجب أن يقدم المعنى بأقل الألفاظ، لأن الإطالة تفتح باب التفسيرات المتعارضة.

-العرض المحكم، ويكون بالتبويب السليم وجمع النصوص وربط أجزائها وكشف غايتها.

-ضرورة إحكام الإشارات الكتابية كالفواصل والنقاط في مواضيعها.

-ضرورة احترام المشرع لمصطلحاته التشريعية من خلال توحيد المصطلحات التي تفيد المعنى نفسه.

-تسمية القوانين، فيستحسن أن يأخذ المشرع بأسماء القوانين التي استقرت مسمياتها في العمل القانوني وأصبحت بمثابة مبادئ عامة.

-الإيجاز بالتعريفات في غايات محددة كأن يأتي التعريف لإيضاح معنى مغاير لمعنى متعارف عليه، أو لغاية حسم خلاف فقهي قائم، ذلك أن التعريف المبالغ فيه قد يؤدي إلى تقييد القاضي وسلب حرية حركته في التقدير، كما قد يكون تطور الحياة قد تجاوزه.

-مراعاة أسس الهيكل المعماري لصياغة جسم القانون وهو جوهر التشريع من حيث الأحكام المتعلقة بالوقائع المادية والقانونية، إضافة إلى الخاتمة، التي غالبا ما تلغي التشريع السابق وتلزم الجهات المختصة بالتنفيذ، وتحدد فيما إذا كان بالإمكان إصدار أنظمة أو لوائح أو تعليمات ستصدر لتطبيقه، وربما ترفق به مذكرة إيضاحية، تعتبر جزء لا يتجزأ من التشريع، إذ أنها تكشف فلسفة المشرع من وراء إصداره والأسباب الداعية لسنة وبيان روح التشريع الذي يمكن خلف النصوص.

المبحث الخامس
صياغة المشرع وصياغة القاضي

لاحظنا في الصياغة التشريعية ان الاصل في نجاحها هو المرونة بحيث تشمل اشخاص غير محددين ووقائع غير محددة ولكن هذا الامر ينقلب تماماً في صياغة القاضي للحكم فالعبارة المرنة غير مطلوبة في الحكم القضائي. فالحكم القضائي يجب أن تكون عباراته دقيقة محددة، فلا يقال مثلا لمن سرق كتاباً أنه سرق وسيلة من وسائل الثقافة، وإنما يجب أن يكون الشيء المسروق محدداً دقيقاً واضحاً. وهذا هو الفرق بين أسلوب التشريع وأسلوب الحكم القضائي.

اما في المرافعات اذا تحدثنا بعد ذلك عن لغة المرافعة لوجدنا أن الأسلوب فيها يختلف في خصائصه عن أسلوب التشريع. فالمرافعة مخاطبة لمشاعر القضاة ومخاطبة لعقول القضاة في الوقت ذاته.

هي مخاطبة لمشاعر القضاة عندما يتحدث وكيل النيابة المترافع في أدبيات الدعوى، وعندما يتحدث في جسامة الجريمة وعندما يتحدث عن خطر الجريمة على أمن المجتمع وعندما يتحدث عن أخذ المهتمين بالشدّة.

ووكيل النيابة عندما يتحدث في أدبيات الدعوى وعندما يخاطب مشاعر القضاة، فعليه أن يتخير أسلوب العبارة الرنانة التي تبعث الحماسة والتي تهز المشاعر والتي تؤثر في نفوس السامعين. وهو عندما يخاطب عقول القضاة حينما يتحدث في سرد الأدلة أو عن الجانب القانوني فيجب إن يختار الأسلوب المنطقي الهادئ المتزن الخالي من عبارات الحماسة والذي يؤدي إلى الاقتناع بالدليل. وهكذا يختلف أسلوب المرافعة عن أسلوب التشريع.

ما يجب في أسلوب الحكم القضائي:

يشترط في أسلوب الحكم القضائي: الوضوح، والإيجاز والتركيز، ووحدة الأسلوب، وقواعد اللغة.

الوضوح:

الحكم القضائي كما نعلم هو كلمة القضاء، وهو كما يقولون عنوان الحقيقة لذلك يجب أن تكون هذه الحقيقة واضحة ناصعة جلية لا غموض فيها ولا إبهام.

لذلك فإن أول ما يشترط في كتابة الحكم القضائي أن يكون الأسلوب واضحاً بحيث لا يحتمل اللبس ولا التأويل.

وقديماً قيل أن الفصاحة هي الوضوح والبيان . ولا شك أن وضوح أسلوب الحكم دليل على وضوح الفكرة في ذهن القاضي. فالفكرة كلما كانت واضحة في ذهن القاضي كان الأسلوب واضحاً.

الإيجاز والتركيز:

كذلك من الأمور المطلوبة في الحكم القضائي: الإيجاز والتركيز. والإيجاز سمةٌ من سمات البلاغة" فهو التعبير عن الفكرة بأقل عدد من الكلمات بحيث إذا رفعت أو حذفت كلمة من هذه الكلمات اختل المعنى. أما الكلام الذي يمكن أن يستقيم في معناه ولو حذفنا نصفه فإنه يكون فيه الكثير من التزيّد ومن الفضول الذي لا فائدة منه.

ومن أجل ذلك نطالع أحيانا في أحكام محاكم الاستئناف لدى وصفها لبعض الحيثيات حيث تقول أنّ هذه الحيثية أو تلك تزيّدٌ يمكن أن يستقيم الحكم بدونه، بمعنى أننا لو حذفنا هذه الحيثية فلن يتأثر الحكم. إذن فالتزيد غير مطلوب في الأحكام.

كما أن كثرة استخدام المترادفات من العيوب الواضحة في كثير من الأحكام. فبعض الأحكام إذا ذكر كلمة" الظلم" مثلا ذكر معها كلمة "الاستبداد"، وإذا ذكر "الرحمة" قرنها "بالشفقة وبالرأفة". مثل هذه المترادفات إذا صح استخدامها في لغة المرافعة لتأكيد المعنى أو للتأثير في نفس السامع، فإنّه لا يجوز استخدامها في لغة الأحكام التي يجب أن تتسم بالتركيز والإيجاز.

والإيجاز والتركيز كما ذكرنا سمة من سمات البلاغة .ولقد كان الإيجاز من ابرز سمات أحاديث رسول الله صلى الله عليه وسلم، وكان الإيجاز كذلك من أبرز صفات قرارات الخلفاء ورسائلهم إلى عُمّالهم في العصور الأولى من

الإسلام. كما كانت رسائل الخلفاء في العصر الأموي أو في العصر العباسي عبارة عن كلمات قليلة جداً فيها كل المعاني.

ومن أجمل ما يروى في هذا الشأن رسالة الخليفة أبي جعفر المنصور "وهو ثاني خليفة عباسي" إلى أحد ولاته الذي كثرت الشكوى عليه، فقال له:" أما بعد.. لقد كثر شاكوك، وقل شاكروك فإما اعتدلت وإما اعتزلت."

ثلاث أو أربع كلمات فيها كل المعاني المقصودة، وهذا قمة الإيجاز. ومن الجدير بالذكر أن الإيجاز ليس من الأمور السهلة، فهو يحتاج إلى كثير من الجهد ويحتاج إلى كثير من الوقت. وقد سئل مرة أحد رؤساء الولايات المتحدة وهو الرئيس "ولسون" (وكان رئيساً للولايات المتحدة في أوائل القرن الماضي)، قيل له : كم يلزمك من الوقت لإعداد خطبة يستغرق إلقاؤها عشرة دقائق؟ فقال: "ثلاثة أيام"، وقيل له: فإن كانت هذه الخطبة يستغرق إلقاؤها نصف ساعة؟ قال: يوم واحد. فقيل له إن كان إلقاء هذه الخطبة يستغرق ساعتين؟ قال :"ألقيها في الحال."

وحدة الأسلوب:

كما أن من الأمور المطلوبة أيضاً في الأحكام القضائية وحدة الأسلوب. ووحدة الأسلوب معناها أن يُكتب الحكم جمعيه بأسلوب واحد هو أسلوب الكاتب نفسه أو أسلوب القاضي.

فالقاضي إذا ما قام لدى سرد وقائع الدعوى بنقلها نقلاً حرفياً من صحيفة الدعوى أو من مذكرة النيابة، أو أن ينقلها بألفاظها وعباراتها، وعَرَضَ بعد ذلك لدفاع الخصوم نقله حرفياً عن مذكراتهم. وإن استشهد بكتاب من كتب الفقه نقل صفحات طويلة من الكتاب دون أن يحاول حتى

اختصارها، فإن الحكم يكون في النهاية عبارة عن خليط غير متجانس من الأساليب والمستويات المختلفة في اللغة وفي طريقة الكتابة، وكأن الذي كتبه هو أربعة أو خمسة أشخاص لا شخص واحد.

ولتفادي ذلك فإن على القاضي أن يستوعب وقائع الدعوى استيعاباً كاملاً، وأن يستوعب أيضا دفاع الخصوم والآراء القانونية التي يحتاجها. ثم يعيد كتابة كل ذلك بأسلوبه هو وبلغته هو، لا بأسلوب غيره. وبذلك يمكن أن يتوفر التجانس والوحدة في أسلوب الحكم، فيكون الحكم كله بأسلوب واحد.

قواعد اللغة:

بقي بعد ذلك أهم ما يجب مراعاته في الحكم القضائي، وهو مراعاة قواعد اللغة. وهذا الشرط غير مقصور على الحكم القضائي وحده وإنما ينبسط على كل الأعمال القضائية، مثل تقرير الاتهام، وقرار الحفظ، ومرافعة النيابة.

وأخيرا ليس مطلوبا من رجال القضاء أن يكونوا علماء في اللغة. فرجل القضاء رجل يعمل في الحقل القانوني وليس مطلوباً منه أن يكون عالم لغة. وإنما كل ما هو مطلوب منه أن يكون لديه قدرٌ رفيع من الثقافة اللغوية التي تمكنه من القيام بمهامه على خير وجه. ولتحقيق ذلك عليه الاحتفاظ بمكتبته إلى جانب الكتب القانونية العديدة بكتاب في قواعد اللغة، وأن يكون لديه كذلك معجم أو قاموس من القواميس، وذلك حتى يرجع إليها

كلما التبست عليه كلمة من الكلمات سواء في النطق أو في الكتابة [1].
والواقع ان هذه الامور التي يجب على القاضي مراعاتها في صياغته للحكم القضائي تكاد ان تصبح مجرد شروطاً نظرية لا محل لها في واقع قضاة اليوم، فالقضاة اليوم اقرب للموظفين العموميين منهم الى ان يكونوا قضاة بالمعنى الاصطلاحي في فنون القانون وكما روي عن الامام مالك بن انس امام دار الهجرة رضي الله عنه انه كان يقول في الخصال التي لا يصلح القضاء إلا بها : لا اراها تجتمع اليوم في احد [٢] . والكثير من قضاة اليوم يجهلون أبسط المبادىء القانونية وفي قرار نادر لمحكمة التمييز العراقية أقرت بأن أحد القضاة يجهل أبسط المبادىء القانونية والشرعية وهذا هو نص القرار غير المنشور سابقاً:

جمهورية العراق

مجلس القضاء الأعلى

محكمة التمييز الاتحادية العدد/١٥/شخصية أولى/ ٢٠٠٧

التاريخ/ ١٣/٢/٢٠٠٧

تشكلت هيئة الأحوال الشخصية في محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ ٢٤/محرم/١٤٢٨هـ الموافق ١٣/٢/٢٠٠٧ برئاسة القاضي الأقدم السيد كمال البندر وعضوية القاضيين السيدين سامي المعموري وخليل ابراهيم خليفه المأذونين بالقضاء باسم الشعب واصدرت القرار الاتي:

---

(١) خالد وزاني و مناهج التفسير بين علماء الشريعة وفقهاء القانون، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٦٣٨.

(٢) النباهي الملقي الأندلسي، تأريخ قضاة الأندلس، دار الافاق الجديدة بيروت، ١٩٨٣، الطبعة الخامسة، ص١١.

المميزة/ المدعية – سناء محمد حسن – وكيلها المحامي كريم عكله الساعدي

المميز عليه/ المدعى عليه – نافع علي حسن

أدعى وكيل المدعية عند محكمة الأحوال الشخصية في بغداد الجديدة بأن المدعى عليه زوج موكلته الداخل بها شرعاً وقد طلقها رجعياً خارج المحكمة أمام رجل الدين وبحضور الشاهدين وذلك بموجب حجة الطلاق الخارجي المرفقة والمؤرخة ١٥/١٠/٢٠٠٦، لذا طلبت دعوته لحضور المرافعة والحكم بتصديق الطلاق الخارجي، أصدرت المحكمة المذكورة بتاريخ ١٥/١١/٢٠٠٦ وعدد ٤١٢٩/ش/٢٠٠٦ حكماً غيابياً بحق المدعية سناء محمد حسن يقضي بأبطال الورقة والطلاق الذي جرى بتاريخ ١٥/١٠/٢٠٠٦ واعتباره كأن لم يكن وبإمكان المدعى عليه إعادة زوجته المدعية إلى الحياة الزوجية وعلى فرض صحة طلاقه لزوجته فأنه طلاقاً رجعياً يمكن له مراجعة زوجته خلال فترة ثلاثة قروء اعتباراً من ١٥/١٠/٢٠٠٦ ولغاية ١٥/١/٢٠٠٧. طعن وكيل المدعي بقرار الحكم تمييزاً طالباً نقضه للأسباب الواردة بلائحته المؤرخة ١٩/١١/٢٠٠٦.

القرار/ لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون وذلك لأن المحكمة في اليوم المحدد للنظر في الدعوى بتاريخ ٧/١١/٢٠٠٦ نظرت في الدعوى بحضور وكيل المدعية وبغياب المدعى عليه أو وكيله وبذات الجلسة قررت المحكمة ختام المرافعة وتصديق الطلاق الخارجي المدعى به وبدون أي بينة قانونية.

وبتاريخ ٨/١١/٢٠٠٦ قررت المحكمة فتح باب المرافعة في الدعوى دون سند قانوني ونظرت فيها مجدداً بحضور وكيل المدعى عليه وبغياب المدعية أو وكيلها واعتبرت المحكمة المرافعة الجارية في الدعوى غيابياً بحق المدعية خلافاً لاحكام المادة ٥٥ من قانون المرافعات المدنية وبعد ان استمعت لأقوال المطلق الديني ولشاهدي الطلاق بدون تحليفهم اليمين القانونية كما توجه احكام المادة ٩٤/ ثانياً من قانون الإثبات وأصدرت حكماً جديداً في الدعوى دون ختام المرافعة خلافاً لاحكام المادة ١٥٦ من قانون المرافعات المدنية لذا قرر نقض الحكم المميز وإعادة الدعوى الى محكمتها لاتباع ما تقدم على ان يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وحيث ان الأخطاء القانونية المتقدمة التي ارتكبها القاضي السيد قاسم حسن حسين اثناء نظر الدعوى تعتبر من الأخطاء الفاحشة لأنها تدل على جهل بالمبادئ القانونية الأولية عليه واستناداً لأحكام المادة ٥٦/ أولاً من قانون التنظيم القضائي المرقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ قررت اعتبار ذلك خطأ فاحشاً بحقه والإشعار بذلك إلى مجلس القضاء الأعلى/ قسم شؤون القضاة وصدر القرار بالاتفاق في ١٤/ محرم/ ١٤٢٨هـ الموافق ١٣/٢/٢٠٠٧.

المبحث السادس
مقارنات تشريعية في الصياغة القانونية

ولنذكر الأن بعض الأمثلة والمقارنات في الصياغات التشريعية التي من خلالها نفهم ماسبق من ضوابط لصياغة النص القانوني :

من عيوب الأرادة عند إبرام العقد هو التغرير ولكن لاحظ الفرق في الصياغة بين مجلة الأحكام العدلية العثمانية وهي القانون الذي سداه ولحمته من الشريعة الإسلامية وبين صياغة القانون المدني العراقي الهجين المأخوذ من قوانين مدنية متعددة، بعبارات رشيقة موجزة تعرف مجلة الأحكام التغرير في المادة (١٦٤)[1] بأنه : (توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية). بينما كانت صياغة القانون المدني العراقي صياغة ركيكة ليس فيها تعريف للتغرير بل قفز المشرع مباشرة لذكر حكم التغرير وهو جعل العقد موقوفاً وأدخل حكماً لاعلاقة خاصة له بالتغرير وهو إستمرار الدعوى للورثة بعد وفاة المغبون وكل هذا من قبيل الحشو والضعف الذي سبق وذكرناه في عيوب الصياغة تنص المادة ١٢١ من القانون المدني العراقي (١- اذا غرر احد المتعاقدين بالاخر وتحقق في العقد غبناً فاحشاً كان العقد موقوفاً على اجازة العاقد المغبون فاذا مات من غرر بغبن فاحش تنتقل دعوى التغرير لوارثه)[2].

---

(١) مجلة الاحكام العدلية، شرح علي حيدر، طبعة قديمة، بحيفا، بالمطبعة العباسية، سنة ١٩٢٥.

(٢) راجع القانون المدني العراقي رقم٤٠ لسنة ١٩٥١، اعداد صباح صادق الانباري، المكتبة القانونية بغداد، ٢٠٠٥، ص٣٨.

المبحث السابع
دستور الإستعانة بالله والإستمداد من روحانية رسول الله

تعتبر ديباجة الدستور أو المقدمة من ابرز المساحات التي تظهر فيها حرفية الصائغ القانوني وتظهر مكنوناته الداخلية واتجاهات المشرع الفكرية وبالتالي تظهر لنا هذه الديباجة أو المقدمة مدى أنسجام أنسجام جسد القانون مع روحه .

في هذا المبحث سأورد عدة مقدمات لدساتير متعددة يستطيع القارىء أن يتبين من خلال الصياغة الحرفية ماهية الغايات والأغراض التي أراد المشرع ان يحققها و يستطيع القارىء من خلالها أن يتعرف على التغييرات التي تحصل في الحكم .

أبدأ بأجمل ديباجة دستورية وجدتها وعنونت المبحث بعنوانها وهو دستور الأستعانة بالله والأستمداد من روحانية رسول الله عليه أفضل الصلاة والسلام وهي ديباجة القانون الأساسي "الدستور" للدولة العثمانية العلية لعام ١٨٧٦يقول السلطان عبد الحميد الثاني في ديباجة الدستور(أستناداً على عون الله وامداد روحانية رسول الله قد قبلنا هذا القانون الاساسي وارسلنا به بعد ان صادقنا عليه فبادروا لاعلانه في جميع انحاء البلاد ليكون دستوراً للعمل به الى ماشاء الله وباشروا باجراء احكامه منذ اليوم)[1]. أي روح سامية وراقية لهذا القانون تبدا تشريع أخطر القوانين وهو الدستور بالأستعانة بالخالق العظيم والأستمداد من أعظم الأرواح روح رسول الله الكريم عليه الصلاة والسلام !.

---

(١) القانون الاساسي العثماني، طبع بنفقة امين الخوري، بيروت، ١٩٠٨، ص ص ٤، ٥.

أنتقل الأن لمقدمات وضعت لدساتير عراقيـة[1] علـى مـدى التـأريخ وللقارىء المفضال المقارنة والتحليل . نبدأ بالدستور العراقي لعام ١٩٥٨[2] حيث يقول المشرع في ديباجته:

(لما كانت الحركة الوطنية التي قام بها الجيش العراقي بمؤازرة الـشعب وتأييده في ١٤ تموز سنة ١٩٥٨ تهدف الى تحقيق سيادة الشعب والعمل على منع اغتصابها وضمان حقوق المواطنين وصيانتها ولما كان الحكم الـسابق في البلاد الذي تم التخص منه قائما علـى اسـاس مـن الفـساد الـسياسي اذ اغتصب السلطة افراد حكموا البلاد على خلاف ارادة الاكثرية وضد مصلحة الشعب اذ كان هدف الحكم تحقيق منافعهم وحماية مصالح الاستعمار وتنفيذ مآربه كما جاء ذلك في البـيان الاول الذي اعلن للـشعب في يـوم ١٤ تمـوز سنة ١٩٥٨ في بدء الحركة الوطنية وتضمن سقوط نظام الحكم الملكي وقيـام الجمهورية العراقية فاننا باسـم الـشعب نعلـن سـقوط القـانون الاساسـي العراقي وتعديلاته كافة منذ ١٤ تموز سنة ١٩٥٨ ورغبة في تثبـيت قواعد الحكم وتنظيم الحقوق والواجبات لجميع المواطنين نعلن الدستور الموقـت هـذا للعمل باحكامه في فترة الانتقال الى ان يتم تشريع الدستور).

وفي الدستور العراقي النافذ والصادر في عام ٢٠٠٥[3] فيقول المشرع في ديباجته : (نحن شعب العراق الناهض تواً من كبوته، والمتطلع بثقـة إلى مستقبله من خلال نظام جمهوري اتحادي ديمقراطـي تعـددي، عقـدنا العـزم برجالنا ونسائنا، وشيوخنا وشبابنا، على احـترام قواعـد القـانون، وتحقيـق العدل والمساواة، ونبذ سياسة العدوان، والاهتمام بالمرأة وحقوقهـا، والـشيخ وهمومه، والطفل وشؤونه، وإشـاعة ثقافـة التنـوع، ونـزع فتيـل الإرهـاب

(١) لاتحتوي كل الدساتير العراقية على ديباجة أو مقدمـة بـل ان بعـضها فقـط يحـوي علـى ديباجة .

(٢) نشر في الوقائع العراقية العدد ٢ وتاريخ ٢٨- ٧- ١٩٥٨.

(٣) منشور في الوقائع العراقية - رقم العدد: ٤٠١٢، تاريخ: ٢٠٠٥/١٢/٢٨.

واستجابة لدعوة قياداتنا الدينية وقوانا الوطنية وإصرار مراجعنا العظام وزعمائنا وسياسيينا، ووسط مؤازرة عالمية من أصدقائنا ومحبينا، زحفنا لأول مرة في تاريخنا لصناديق الاقتراع بالملايين).

وهنا أورد مقدمات لدساتير أخرى

جاء في ديباجة دستور المغرب : (المملكة المغربية دولة إسلامية ذات سيادة كاملة، لغتها الرسمية هي اللغة العربية، وهي جزء من المغرب العربي الكبير. وبصفتها دولة إفريقية، فإنها تجعل من بين أهدافها تحقيق الوحدة الإفريقية. وإدراكا منها لضرورة إدراج عملها في إطار المنظمات الدولية، فإن المملكة المغربية، العضو العامل النشيط في هذه المنظمات، تتعهد بالتزام ما تقتضيه مواثيقها من مبادئ وحقوق وواجبات وتؤكد تشبثها بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها عالميا. كما تؤكد عزمها على مواصلة العمل للمحافظة على السلام والأمن في العالم.)

وجاء في ديباجة الدستور الياباني الذي سن بعد الحرب الكونية الثانية : (نحن، الشعب الياباني، بالعمل من خلال ممثلينا المنتخبين حسب الأصول في مجلس الدايت [1]، قررناأننا سنكفل لأنفسناولأجيالناالقادمة ثمار التعاون السلمي مع كل الأمم، وبركات الحرية عبر هذه الأرض، وعزمنا على ان أهوال الحرب لن تزورنا قط من خلال فعل الحكومة، نعلن ان السلطة ذات السيادة تكمن في الشعب، ونؤسس بعزم هذاالدستور .الحكومةأمانة مقدسة من الناس، وتستمد سلطتها من الشعب، ويتمتع الشعب بفوائدها .هذا هو مبدأ البشريةالعالمي الذي أسس عليه هذاالدستور .نحن نرفض ونلغي كل الدساتير، والقوانين، والأوامر، والتوجيهات التي تتنازع معه.

---

(١) المجلس الوطني أوالكونغرس الياباني، وهو بمثابة الجمعية العمومية.

نحن، الشعب الياباني، نرغب في السلام لكل الأزمان ونـدرك بعمـق المثل العليا التي تسيطر على العلاقات الإنسانية، وقررنا الحفاظ على أمننا ووجودنا، واضعين ثقتنا في عدالةوإيمان كل شعوب العـالم المحبةللـسلام . نرغب في تبوء مكانة مشرفة في المجتمع الدولي الذي يناضـل للحفـاظ على السلام، ونبذ الطغيان والعبودية، والقمع والتعصب لكل الأزمان من الأرض .نقر بان كل شعوب العالم لها الحق في ان تحيا بـسلام، بـلا خـوف ولافاقة.

نعتقد ان ليست هناك امة مسؤولة عن نفسها فقـط، بـل ان قـوانين الأخلاق السياسية عالمية" وان طاعة مثل هذه القوانين واجب على عـاتق كل الأمم التي تريدالحفاظ على سيادتها وتبرر علاقتهاالسيادية مع الأمم الأخرى.نحن، الشعب الياباني، نتعهد بشرفنا الوطني بأن ننجز هذه المثـل والغايات العليا، بكل ما أوتينا من موارد).

الفصل الثاني
تطبيق القانون وتفسيره بين الحرفية والروحية

بعد ان يقوم المشرع بصياغة النص القانوني وقد راينا فيما سبق ضوابط هذه الصياغة يأتي الان دور القاضي في تطبيق القانون واقعياً، ان المشرع انما يضع الحكم بازاء واقعة متصورة عنده يدل عليها في النص نفسه الذي يصوغ فيه الحكم او في النصوص المحيطة به[1].فالواقعة التي تصورها المشرع واناط بها الحكم هي انموذج كلما تطابقت معه الوقائع الحادثة بعد التشريع امكن فيها القضاء والفتوى بذلك الحكم المناط بالانموذج عند التشريع. وليس تطبيق القانون غير نظر في مدى انطباق الواقعة الانموذج على الواقعة الحادثة اخيراً ثم البت في الاخيرة بالحكم المناط بالاولى بادىء التشريع . وفي هذا تمام التطبيق لكن الوقائع اللاحقة لا تحدث دائماً على منوال الوقائع التي كانت الانموذج المتصور عند المشرع بل قد تحدث متغايرة في تفصيلاتها تغايراً يستعصي معه القضاء فيها باحكام الانموذج كما هي عندئذ تمس الحاجة الى استجلاء احكام تلائم الوقائع الجديدة وتغاير احكام الانموذج من بعض الوجوه على مقدار ماتغايرت به تلكم الوقائع السابقة

(١) الدكتور عبدالله مصطفى، علم أصول القانون و مصدر سبق ذكره، ص ١٥٩.

واللاحقة من تفصيلات والحاجة ام الأختراع فاخترع الفقهاء والاصوليون من جملة ما أخترعوا قواعد تفسير القانون ليتوصلوا بها اما الى ما احتاجوا من احكام جديدة او الى جعل الواقعة الأنموذج (على نحو من الانحاء)تطابق الواقعة اللاحقة ليتسنى بذلك الاكتفاء بالحكم الموجود المجعول وافياً بالحاجة على طريقة التفسير[1] .

المبحث الاول
قواعد التفسير عند الاصوليين المسلمين

لقد أختلفت الأسس التي قامت عليها قواعد التفسير عند الاصوليين المسلمين عن تلك التي عند غيرهم من فقهاء المدارس القانونية الاخرى فقد وضع الفقهاء المسلمون اربعة اصول منها تتفرع قضايا التفسير اوردها الدكتور عبدالله مصطفى في كتابه الرائع "علم اصول القانون"[2] وهذه الاصول هي :

الاصل الاول : المقصد العام من التشريع

الاصل الثاني :عبارة النص وروحه ومعقوله

الاصل الثالث :المبين او واضح الدلالة

الاصل الرابع :غير واضح الدلالة

والأصل الذي يتعلق بحرفية النص القانوني وروحه هو الأصل الثاني من هذه الأصول "عبارة النص وروحه ومعقوله" فما هو هذا الأصل وماهو

---

(١) المصدر نفسه، ص١٦٠.

(٢) المصدر نفسه من صفحة ١٦٥ الى صفحة ١٧٧.

المقصود به؟ أنقل هنا كلام الدكتور عبدالله مصطفى فلم أجد في كتب الأصول من أوضح هذا الأصل وبينه مثلما فعل الدكتور عبدالله مصطفى يقول حضرته طيب الله ذكره ورمسه وثراه وجعل الفردوس الأعلى مثواه [(١)]
:نصوص القانون تعبر عن الاحكام ومتعلقاتها من الوقائع بصنوف متعددة من الدلالة يمكن ارجاعها الى نوعين هما : مايدل عليه النص بعبارته، وما يدل عليه بفحواه وروحه ومعقوله. والاحكام كلها ملزمة سواء كانت مستفادة من عبارة النص القانوني أو من روحه ومعقوله . اما صنوف دلالات النص فهي أربعة:

أ: عبارة النص: وهي صيغة من مفردات وجمل و وسياق خطابه وبيانه .فما يفهم من عبارة النص هو المعاني والاحكام المتبادرة الى الذهن من صيغته والتي سيق النص لبيانها واقرارها – سواء كانت مقصودة من سياقه أصالة أو تبعاً.

ب– اشارة النص: وهي دلالته على معنى لا هو متبادر من صيغته ولا هو مقصود من سياقه و لكنه متلازم تلازماً تاماً مع المعنى المتبادر المقصود من الصيغة والسياق . وقد سمي هذا المعنى بمفهوم النص بطريق الالتزام. ونرى ان اشارة النص هي من قبيل دلالته بمعقوله من بعض الوجوه.

ج– دلالة النص : والمقصود بها دلالته بروحه ومعقوله لا بصيغته وسياقه . فاذا دل نص القانون على حكم واقعة وعلى العلة التي بني عليها الحكم في تلك الواقعة، ثم حدثت واقعة اخرى(فتغايرالواقعة الانموذج التي وضع لها الحكم) لكنها تساويها او تترجح عليها من حيث تحقق تلك العلة

---

(١) المصدر نفسه من صفحة ١٧٨ الى صفحة ١٧٢.

فيها على نحو يتبادر فيه المساواة او الرجحان الى الذهن بمجرد فهم صيغة النص، فان النص حينئذ يعتبر شاملاً للواقعتين كلتيهما : يدل على الاولى بمنطوقه وعلى الثانية بفحواه (وتسمى الفحوى هنا بمفهوم الموافقة اي المفهوم الموافق لمنطوق النص) ويسمى التوصل الى الحكم بطريق دلالة النص توصلاً بالمساواة او من باب اولى ويدعى ايضاً "قياساً جلياً".

د- اقتضاء النص: قد يرد نص القانون مقتضباً يحتاج فيه الى تقرير زيادة في المعنى لم يدل عليها بالفاظ في النص فاذا كانت الزيادة مما لا يستقيم النص دونها من حيث صحة معناه او مطابقته للواقع فان النص في هذه الحال دال على الزيادة بمقتضى معناه - وان لم توجد فيه بازاء الزيادة الفاظ معينة. فالنص باقتضائه يستلزم تقدير الجزء المزيد ويعينه - فلا تتسنى الزيادة كيفما اتفق[1].

(١) واليك الشواهد التطبيقية للأصناف الاربعة من دلالة النص: عبارة النص: نصت المادة ٤٣٠من القانون المدني على ان "كل حق دوري متجدد كالاجرة والفوائد والايرادات المترتبة لاتسمع الدعوى به على المدين بعد تركها من غير عذر شرعي خمس سنوات" فمنع سماع الدعوى بعد تركها خمس سنوات هو الحكم المفهوم من صيغة النص وهو المقصود اصالة من سياقة . وتنص المادة ٥٠٨من هذا القانون على ان "بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون" ههنا حكمان احدهما مقصود اصالة من سياق النص وهو عدم انعقاد البيع اذا لم يسجل على هذا النحو، والثاني هو وجوب وضع شكل معين للتسجيل - وهذا الحكم الثاني مستفاد ايضاً من صيغة النص لكنه مقصود من سياق النص لا اصالة بل تبعاً للحكم الاول الذي هو المقصود من السياق اصالة، اشارة النص: المادة العاشرة من القانون المدني تنص على انه "لا يعمل بالقانون الا من وقت صيرورته نافذاً فلا يسري على ماسبق من الوقائع الا اذا .. كان القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام" من جملة مايفهم من هذا النص ان القاضي يجب عليه الاسترشاد بما يميز له ماهو داخل في النظام العام وماهو خارج عنه، سواء كان ما يحصل به التمييز احكاماً تشريعية او قواعد فقهية . ولم يفهم هذا الحكم من صيغة النص وسياقه،

وأن هذه الدلالات متعاقبة تعاقباً رتيباً من حيث القوة والضعف " فأقواها عبارة النص وأضعفها اقتضاء النص . فاذا تعارض نصان فاكثر (او تعارضت دلالتان في نص واحد) نظر الى وجه التعارض وعلاقته بصنف الدلالة في كل من النصين، ثم رجح النص الذي يكون صنف دلالته اقوى من الصنف الآخر : فالنصان المتعارضان بحكمين يدل النص الاول على احدهما بعبارة النص ويدل الثاني على الآخر باشارةالنص او بما دونها من الدلالات – فيتحتم الاخذ بحكمه وترك حكم الثاني .وعكذا شأن الدلالات الاخرى في شتى الأوجه المختلفة المتصورة لوقوع التعارض، مادامت الدلالة

بل من كونه متلازماً مع الحكم الاصل الخاص بسريان القانون على الوقائع السابقة . ذلك لان حكم السريان على هذه الوقائع قد جعل متوقفاً على تعيين ماعو من النظام العام، فكل مايتوقف عليه التعيين فان بينه وبين الحكم الاصل ذلك التلازم الحاصل عادة بين المتوقف والمتوقف عليه. دلالة النص: تنص المادة ٧٦٢ من القانون المدني على ان "اياً كان المأجور يجب على المستأجر ان يستعمله على النحو المبين في عقد الايجار فان سكت العقد وجب عليه ان يستعمله بحسب ما اعد له وفقاً لما يقتضيه العرف"ففي حالة سكوت العقد اوجب نص المادة استعمال المأجور في ما اعد له المأجور وليس في ما لم يعد له عرفاً، وعلة الحكم مفهومة منه اذ الغرض هو الحيلولة دون ما قد يؤدي اليه الاستعمال غير العادي من عطب في المأجور . ومادام الامر كذلك فان نص المادة يفهم منه حكم اخر من باب أولى، وهو عدم جواز احداث المستأجر تخريباً او هدماً في المأجور – اذ ان علة الحكم اشد تحققاً في التخريب منها في الاستعمال غير العادي. اقتضاء النص: نصت المادة ٧٣٦ من القانون المدني على انه "يصح ان تكون الاجرة نقوداً كما يصح ان تكون اي مال اخر" هكذا وردالنص مطلقاً. فلو أننا فهمناه على وفق اطلاقه وعلى مقدار الفاظ النص وصيغته وحدها لاقتضى ذلك الحكم بجواز دفع بدل الايجار نقوداً أو أعياناً او خدمات في الاحوال كلها التي اتفق او لم يتفق فيها الطرفان المتعاقدان على نوع البدل . وليس هذا هو مقتضى النص بل مقتضاه انه "يصح اتفاق المتعاقدين على ان تكون الاجرة نقوداً.."الى أخر النص، فقد اتى النص ناقصاً، لكن تمامه يعرف بطريق الاقتضاء على هذا النحو ومن ثم لا يجوز ان تجعل الاجرة غير ما يتفق عليه الطرفان المتعاقدان.

في النصوص المتعارضة مختلفة الأصناف . اما اذا كانت دلالة النصين المتعارضين من صنف واحدفلا بد عنئذ من الرجوع الى القواعد الاصولية الاخرى بغية ترجيح احد النصين او ازالة التعارض بينهما . وان من هذه القواعد الكلية المتعلقة بتعارض النصوص قواعد "مفهوم المخالفة"و"الخاص والعام"و"الناسخ والمنسوخ" .

المبحث الثاني
قواعد التفسير في المدارس القانونية الاخرى

أما في المدرسة القانونية الفرنسية وغيرها من المدارس القانونية الأخرى فيتنازع التفسير القانوني فيها مذاهب [1] : اولها نسب الى فقهاء مدرسة الشروح، وثانيها الىsaleilles، وثالثها الى geny، وموضع الخلاف بين هذه المذاهب هو الاساس الذي يعتمد عليه في اعمال التفسير .يذهب فقهاء مدرسة الشروح الى ان الاحكام ينبغي ان تستقى من ارادة الشارع ونيته التي يظهر تفسير النص انها كانت نيته الحقيقية او المحتملة وقت التشريع، ويذهب سالي اشياعه الى اقتباس الحكم من النية المفترضة المحتملة للشارع وقت تطبيق النص لا وقت تشريعه، تلك النية التي يظهرها التفسير حينما تدعو الحاجة اليه . ويقال ان المذهب الاول يفضي الى التزمت والثاني يبعث على المرونة . اما genyومن نحوا منحاه فانهم يلتزمون بالنية الحقيقية وقت التشريع اذا امكن استظهارها من النصوص "

(١) الدكتور عبدالله مصطفى، علم اصول القانون، مصدر سبق ذكره، ص١٦٢-١٦٣.

فان لم يمكن قالوا حينئذ بعدم الوقوف عند النية المفترضة وباقتناص الحكم المطلوب من اي مصدر اخر من مصادر القانون .

يعد استخدام القياس المنطقي[1] في علم القانون من أهم تعليمات مدرسة الشرح على المتون او ما تسمى مدرسة تقديس النصوص، حيث رأت هذه المدرسة في تقنين نابليون المدني[2]، انه قد جمع فأوعى وأحاط بكل شيء، فهو بناء منطقي متكامل، وما على القاضي إلا ان يلجأ للقياس المنطقي لتطبيقه، فالتفسير حسب وجهة النظر هذه، ما هو إلا عمل منطقي محض ينطوي على معرفة مدى انطباق الوقائع على الأحكام القانونية، وهذا هو السؤال الوحيد للقاضي، سواء كانت النتيجة عادلة او غير عادلة، فالقاضي ينبغي ان يخضع للمشرع ويتقيد بالنص . وهكذا استبعد أنصار هذه المدرسة عامل التقدير القضائي تماما كعامل من

---

(١) ويتكون القياس المنطقي من ثلاث مقاطع، مقدمتين كبرى وصغرى، أي عبارتين تؤكدان او تنفيان شيئا ما، ثم نتيجة تتكون من رفع العبارات المشتركة (الحد الأوسط)، وتطبيق القياس في مجال القانون يقتضي اعتبار القاعدة او المبدأ القانوني مقدمة كبرى، واعتبار الواقعة محل الدعوى مقدمة صغرى، لنحصل على الحكم متمثلا بالنتيجة ومن التطبيقات القديمة، انه اذا اشتكى المدين بان تنفيذ الالتزام العقدي مرهقا له، فباستخدام القاضي القياس المنطقي تكون النتيجة كالأتي: (المقدمة الكبرى التي تمثل المبدأ العام وهي، العقد شريعة المتعاقدين) .. (المقدمة الصغرى التي تمثل الواقعة المطلوب الفصل فيها وهي، (الالتزام المرهق ناتج عن عقد) نحصل على النتيجة برفع العبارة المشتركة (الحد الأوسط) وهي كلمة (عقد) التي تكررت في العبارتين فتكون النتيجة المنطقية هي (الالتزام المرهق شريعة المتعاقدين) وفي ضوء هذه النتيجة المنطقية يَجبر المدين على تنفيذ التزامه ولو كان مرهقا.

(٢) تقنين نابليون او القانون المدني الفرنسي الصادر عام (١٨٠٤).

عوامل الحكم القضائي، وجُرد القانون من مضمونه الإنساني، وعلى ذات النهج سارت الوضعية القانونية والمدرسة التاريخية.[1]

وفي وقت لاحق أعلن كلسن[2] زعيم الوضعية القانونية ان (لا شأن للقانون بعلم الحياة)، وان نظرية القانون يجب ان تتناول القانون كما هو كائن لا كما ينبغي أن يكون، واستبعد فكرة العدالة من مجال القانون، بداعي ان الحكم على القانون بالعدالة او عدم العدالة يتطلب معايير لا تخضع للمعرفة العلمية ودعا الى نظرية محضة في القانون، ومن ثم هاجم نظرية القانون الطبيعي واصفاً اياها بانها حصيلة استنتاج غير صحيح، وبذلك استبعد كلسن وأنصاره الحقائق والقيم المطلقة من المنهج القانوني[3]، فالقانون حسب هذه النظرية يجب ان لا يخضع لأي تقويم أخلاقي، فالقاعدة القانونية حسب هذا الرأي هي أمر يصدر من صاحب سلطة الى من يخضع لهذه السلطة مقترن بجزاء لمن يخالفه، وهذه القاعدة تنفصل بمجرد سَنها عن الأخلاق والعدالة، وإن كانا مصدر مادتها الأولية، لتستقل بوجودها كأداة تنظيمية للمجتمع ملزمة للأفراد دون حاجة للتحقق مما إذا كان القانون الذي يضم هذه القواعد الوضعية متفقاً مع حسن الأخلاق وروح العدالة او غير متفقاً معهما، وزعموا ان علم القانون ليس إلا تحليل للأنظمة القانونية

---

(١) انظر: انظر د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج١، القانون، ١٩٧٢، ص٥٦٣.

(٢) هانز كلسن، فقيه نمساوي، صاحب النظرية المحضة في القانون.

(٣) المنهج، لغة هو الطريق الواضح، ويقصد به اصطلاحا البرنامج الذي ينظم سلفاً سلسلة من العمليات يزمع القيام بها، وينبه الى وجود أخطاء يتعين تحاشيها، بغية الوصول إلى غاية محددة، ومن ثم كانت فكرة المنهج توحي دائما باتجاه محدد المعالم ومتبع بانتظام في عملية ذهنية، والمنهج القانوني هو سبيل التفكير في مجال القانون .

الوضعية في الدول المختلفة، وان المفاهيم القانونية ينبغي ان يُنظر إليها مستقلة عن العوامل السياسية والاقتصادية والتاريخية ... .

ويترتب على هذه "النظرية"[1]، ان كل سلوك إنما يحدده القانون بصورة مباشرة او غير مباشرة، وعندما لا يكون عمل الفرد ممنوعا بِسُنة قانونية

---

(١) كلمة "نظرية" يكثر من إستخدامها شراح القانون رغم عدم دقتها، يقول الدكتور عبدالله مصطفى في كتابه علم أصول القانون : كلمة "النظرية" نسبة الى "النظر" بمعنى التفكر والتبصر داخل الذهن ولكل أمر جانب النظر في الذهن وجانب التطبيق في الواقع خارج الذهن . فاذا تيسر التطبيق وتبين التطابق بين ما هو في الذهن وما هو في الواقع أصبح الأمر المعلوم المطبق "علماً" ذا أصول وقواعد ومنهاج . اما اذا تعسرالتطبيق ارتبين عدم التطابق بقي الذي دار في الذهن امراً نظرياً غير مرتفع الى مصاف العلم . فاذا قيل في مجال المعارف الطبيعية هذه المعرفة "علم" فهمنا أنها متقومة باصول وقواعد مطبقة متطابقة الجانبين . واذا قيل إنها "نظرية" ادركنا انها مجرد مسائل اديرت في الذهن او تخيلت ولما يسعفها بعد التطابق والتطبيق . ثم اذا وجهت وجهك صوب القانون وعلومه ظهر لك واضحاً انه مجموعة احكام واصول وقواعد انما اريدت واستحدثت لمقاصد التطبيق، وانها ليست مما يصح وصفها بلفظة "النظرية" النابية عن واقع حالها وحقيقة خلالها . فهذه علوم فقه وليست نظريات جرداء . لكن المحدثين من رجال القانون في عصرنا استعملوا لفظة "النظرية" مظافة الى الحق والالتزام والعقد والتعسف والعقاب وما الى هذه، فكتبوا نظرية الحق، ونظرية الالتزام، ونظرية العقد، ونظرية التعسف، ونظرية العقاب أو النظرية العقابية . والحق أنهم جروا في هذا المسار الاصطلاحي دونما حد أدنى من التروي والتدقيق المحتاج اليهما في مجال العلوم، فكان هذا الخطأ الفادح واستشرى . والعلة فيه وفي أمثاله من الأخطاء انما هي أفة الغفلة عن القانون الاسلامي وعلومه وعن المصطلحات القانونية العربية العريقة وعن أصول اللغة الجميلة وآدابها، ومن ثم اللجوء الى الأخذ من لغات أجنبية بترجمة ركيكة ونابية من مثل لفظة النظرية هنا ولفظة "الرجل الضفدع" للغواص ولفظة "الكلية" في "كلية القانون"و"كلية الأداب" وسائر الكليات . ولقد شاعت النظرية واستشرت فاضطررنا الى استعمالها هنا، كما أضطررنا من قبل الى أستعمال "الكلية"، أخذاً بالقول الشائع في الخطأ الشائع وإفهاماً لمن لا يحسنون غير فهم المستعجمات . أنظر علم أصول القانون، مصدر سبق ذكره، ص ص ١٩١-١٩٣.

فهو مسموح به قانونا بصورة غير مباشرة، وبتعبير آخر، حسب وجهة النظر هذه، ان القانون لا يمكن ان يحتوي على ثغرات[1]، ولا يمكن ان يتمتع القاضي بأية سلطات تقديرية .

أدى كل ذلك، وخاصة في القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين ، الى نتائج مجحفة تأباها العدالة الحقة، فحق الملكية مطلق ومن يستخدم حقه لا يمكن ان يعتبر مسيئا تحت أية ظروف، وما بني على باطل فهو باطل وان منطق البطلان هذا مطلق لا يقبل تعديلاً او انحرافاً، فعقد الزواج الباطل لا يرتب أية آثار او حقوق للزوجة المسكينة او الأولاد، وعقد العمل الباطل يلقي العامل في الشارع دون أية حقوق، ولا مسؤولية بلا خطأ ولو مات العامل وهو يقدم خدماته لصاحب العمل، ذلك ان المنطق يُبرز الشكل ويُغفل الواقع .

ويُعطي استخدام القياس المنطقي في مجال علم القانون بطريقة آلية، نتائج جامدة وحلولا منسقة، ثابتة، متكررة، قابلة للتوقع مسبقا، كما ان إعمال القياس في حد ذاته محفوف بالمخاطر وفي مقدمتها التسليم بإطلاق المقدمة الكبرى وافتراض صلاحيتها للتطبيق في كل زمان ومكان، في حين ان الحقائق نسبية .

ومن تطبيقات الاتجاهات الشكلية في تفسير القانون، تذكر الواقعتين الاتيتين :

قضية ارنولد الطحان : عرضت هذه القضية على المحكمة العليا في بروسيا سنة ١٧٧٩، وتتلخص وقائعها، بان ارنولد كان رجلا من عامة الشعب، يدير طاحونة على سفح تل، ويقتات من ماتدره عليه من عوائد

---

(١) انظر: د. ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني، ص ١٦٦ وما بعدها.

هو وعائلته، مستعيناً بالمياه المنحدرة من جدول يمر في ارض في أعلى التل مملوكة لإقطاعي، فرأى الإقطاعي ذات يوم ان يحفر بركة داخل أرضه لتربية الأسماك، فاحتجز فيها مياه الجدول، فتوقفت الطاحونة عن العمل وساءت أحوال ارنولد، فرفع دعوى على جاره لمنعه من حجز الماء، لكن الإقطاعي استمر في تعنته زاعماً انه يستخدم ملكه، فالماء إنما يجري في أرضه، وأيدته المحكمة العليا، رافضة دعوى الطحان، قائلة ان مالك الأرض يحوز ما بداخلها من ماء، ومن يستعمل حقه لا يعتبر مخطئا ولا يكون بالنتيجة قد اضر بالغير.

وهكذا يبدو ان الظلم يمكن ان يتحقق بطريقة تأباها النفوس، ولو ان تطبيق النصوص كان تم بطريقة صحيحة.

قضية الرئيس روزفلت: أصدرت بعض الولايات الأمريكية تشريعات إصلاحية لحماية العمال من تحكم أصحاب رؤوس الأموال الذين كانوا يفرضون شروط مجحفة بحق العمال عند تشغيلهم ويدفعون لهم أجور بائسة ويرغمونهم على العمل في ظل أوضاع مزرية للغاية، فأصرت المحكمة الأمريكية العليا منذ عام ١٩٠٥ الى عام ١٩٣٦، على اعتبار تلك التشريعات غير دستورية بدعوى مخالفتها لمبدأ حرية التعاقد ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ولما اشتدت الأزمة الاقتصادية العالمية منذ سنة ١٩٢٩ الى سنة ١٩٣٢، وكانت شديدة الوطأة على عامة المجتمع، لجأ الرئيس روزفلت الى استصدار عدة قوانين لتنفيذ بعض الإصلاحات الاقتصادية والاجتماعية، إلا ان قضاة المحكمة العليا حكموا بعدم دستورية هذه القوانين، فضاق روزفلت ذرعا بأحكام أولئك القضاة، ونصحهم بمسايرة روح العصر، والتف الشعب الأمريكي حول روزفلت داعماً موقفه ازاء أولئك

القضاة، إلا أنهم استمروا في مواقفهم المتشددة، فلجأ روزفلت الى تهديدهم بإعادة تشكل المحكمة اذا استمروا في تعنتهم، واشتدت الأزمة حينما سَخر أصحاب رؤوس الأموال إمكانياتهم لمهاجمته من خلال مختلف الصحف الأمريكية بعد ان اتهموه بالاستبداد ومخالفة أسس الحياة الديمقراطية، إلا ان المحكمة اضطرت أخيرا الى ان تتراجع عن أحكامها السابقة وقضت بدستورية قوانين الإصلاح ،وهكذا كان القضاء الأمريكي، الذي ينتمي الى المدرسة الشكلية في القانون، سببا في تأخر الإصلاح الاجتماعي في الولايات المتحدة الأمريكية، قرابة ثلث قرن من الزمان .[1]

وأدت هذه الحرفية في تفسير النصوص القانونية الى نتائج واحكام قضائية غير عادلة مما أدى ألى ظهور المدرسة القانونية الأخرى في التفسير التي تبحث عن إرادة المشرع وقت تطبيق القانون وليس وقت تشريعه .

خلاصة : تتميز طريقة التفسير في المدرسة القانونية الاسلامية بما يتعلق بحرفية النص إو روحه ومفهومه ان الدلالات الاربع التي تستنتج من الحكم يفهمها القاضي مرة واحدة دفعة واحدة بمعنى انه حينما يطبق نصا قانونيا فانه يستخرج الدلالات الاربع المنطوق والمفهوم والاشارة والايماء مرة واحدة من النص، بينما استغرق الانتقال من مدرسة الشرح على المتون – مدرسة حرفية التفسير- الفرنسية الى مدرسة الاخذ بروح القانون مئات السنين.

(١) انظر: د. ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني، مصدر سابق، ص١٦٩-١٧٠ وص١٧٢-١٧٣.

المبحث الثالث

حكم القاضي هل يغير وصف الشيء؟

هناك مسألة في غاية الأهمية تتعلق بتطبيق القانون وإصدار القاضي للحكم، فهل إن قرار القاضي سيغير من الوصف الحقيقي للشيء ؟ بمعنى أخراذا كان المحكوم له في الحقيقة غير محق في دعواه ولا يستحق الحق الذي حكم به القاضي له' فهل حكم القاضي يحل للمحكوم له ما حكم به له القاضي بالرغم من انه لا يستحقه ؟ وهل يبقى الشيءالمحكوم به في هذه الحالة حراماً على المحكوم له لا يجوز له اخذه بالرغم من صدور حكم القاضي به ؟ ام ان حكم القاضي يرفع صفة التحريم عن الشيء المحكوم به ويصيره حلالا للمحكوم له ؟ في الفقه القانوني الإسلامي هناك اتجاهين للإجابة عن هذا التساؤل، الاتجاه الاول [1] يقول إن حكم القاضي لا يغير من الوصف الحقيقي للشيء من حيث أنه جائز أو غير جائز، وقال فقهاء هذا الإتجاه أن قضاء القاضي المستوفي لشروطه لايزيل الشيء عن صفته فلا يحل الحرام للمحكوم له اذا كان كاذباً في دعواه ولا يحرم الحلال . وقالوا أن كل قضاء قضى به حاكم من تمليك مال أو انالة ملك عن المال او بما أشبه أن ذلك كله على حكم الباطن وأن ذلك في الباطن كهو في الظاهر وجب ذلك على ما حكم به القاضي،وأن كان ذلك في الباطن على خلاف ماشهد به الشاهدان وعلى ما حكم به بشهادتهما على الحكم الظاهر لم يكن قضاء

---

(١) يمثل هذا الإتجاه جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة ومحمد وأبي يوسف من الحنفية، أنظر المواق، التاج والأكليل، مكتبة النجاح، طرابلس، الجزء السادس، ص ١٣٨ – ١٣٩،والخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، الجزء الثالث، ص ٣٨٤ -٣٨٥. وأبن قدامة، المغني، دار الكاتب العربي، بيروت، الجزء التاسع، ص ٥٧،وشيخي زاده، مجمع الأنهر، دار الكتب العلمية، الجزء الثاني، ص ٨٥ – ٨٦.

القاضي موجباً شيئاً من تمليك ولا تحريم ولا تحليل وأستدلوا على ذلك بما أخرجه البخاري ومسلم [1] عن أم سلمة رضي الله عنها قالت: ((جاء رجلان من الانصار يختصمان الى النبي صلى الله عليه وسلم في مواريث بينهما قد درست ليست بينهما بينة . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما أنا بشر وأنه يأتي الخصم ولعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض فأقضي له بذلك وأحسب أنه صادق فمن قضيت له بحق مسلم فأنما هي قطعة من النار فليأخذها أو يدعها .فبكى الرجلان وقال كل واحد منها حقي لاخي . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما اذا فعلتما هذا فاذهبا فأقتسما وتوخيا الحق ثم استهما ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه)).

اما الاتجاه الثاني فقد قال الإمام الأعظم أبي حنيفة رضي الله عنه: اذا كان الحكم مبيناً على شهادة زور إذا أدعي بسبب معين من العقود والفسوخ كالنكاح، والطلاق، والبيع، والشراء، والأقالة، والرد بالعيب، والنسب، فلوأقامت المرأة بينة زور أن رجلا ما تزوجها وحكم القاضي بوقوع الزوجية حل لها تمكينه من نفسها، واستدل ابو حنيفة بما روي علي بن ابي طالب كرم الله وجهه: ((قضى بالنكاح بين رجل وامرأة بشهادة الشاهدين، فقالت: يا امير المؤمنين أن لم يكن بد فزوجني، فقال الإمام علي: شاهداك زوجاك))، ولم يلتفت لقولها من تجديد النكاح مع كون الشهود زوراً بدلالة القصة بناءأ على ان حكم القاضي بمنزلة إنشاء عقد صحيح، ولأن القاضي مكلف بحسب الوسع فيجب التعويل عليه، هذ الوقوف على حقيقة الصدق متعذر [2].

---

(١) صحيح البخاري، مطبعة محمد علي صبيح، الجزء السادس، ص ٢٥٥٥، وصحيح مسلم، دار الكتب العلمية بيروت، الجزء الثالث، ص ١٣٣٧.

(٢) شيخي زادة، مجمع الانهر، المصدر السابق، الجزء الثاني، ص٩٩.

واذا قضى القاضي بشهود زور إنه طلقها ثلاثاً ثم تزوجت بـزوج بعـد العدة فأنه يحل له الوطء ظاهراًوباطناً عند الإمام ابـي حنيفة، وان علم أن الزوج لم يطلقها لايحل للاول ظاهراً وباطناً أما بالنسبة للامور التي يـدعى بها بغير سبب معين، أي المطلقة عن ذكر سبب الملك والإرث والنسب فلاتنفذ باطناً، وفي رواية عن الامام ابـي حنيفة ان الحكم لا ينفذ باطناً في دعـاوى الهبة والصدقة والبـيع بأقل من القيمة الحقيقية اذ كان مبنى الحكم شهادة الزور، وكذالك لا ينفذ عنده باطناً اذا كان المحل غير قابل للنفاذ كمـا إذا أدعى زوجية امرأة في عصمة أخر.[1]

لقد أطلق الفقهاء علـى الظـاهر مـصطلح (قـضاء) وعلـى البـاطن مصطلح (الديانة) جاء في معجم لغة الفقهاء[2]:((الديانـة مـا كـان بـين الانسان وربه، ومنه : الحكم ديانة كذا، وقـضاءآ كـذا . لان القـضاء يكـون بحسب الادلة الظاهرة، والديانة بحسب الحقيقة التي يفضي بها صاحبها ولكن لا دليل عليها وهي التي يحاسب الله تعالى عليها)).

أما في قوانين المرافعات ذوات المـصدر الفرنـسي الـتي تعـرف الحكـم القضائي بأنه: القرار الذي تصدره المحكمة وفقاً لقواعد قـانون المرفعـات وألذي يتم بمقتضاه حسم النزاع المعـروض علـى المحكمـة [3]. هـذا الحكـم القضائي له دور محوري في إضفاء وصف المشروعية أو عدم المشروعية علـى الواقعة و التصرف موضوع الحكم، فحكم القاضي بـصحة عقـد مـا يجعلـه عقداً مشروعاً يجب الوفاء بالالتزامـات المترتبـة عليـه حتـى وان كـان في

---

(١) المصدر نفسه، الجزء الثاني، ص٩٩.

(٢) محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبـي، معجـم لغـة الفقهـاء، دار النفـائس بـيروت، ١٩٨٥، ص٢١٢.

(٣) احمد ابو الوفا، نظرية الاحكام، الاسكندرية، الطبعة الخامسة، ١٩٨٥، ص٣٣.

حقيقته غير صحيح، او إن القاضي حكم بصحة العقد بناءاً على شهادة الزور، على إنه يجب الملاحظة إن شهادة الزور قانوناً لا تكون كذالك إلا بعد إكتشاف كذب الشاهد، فالشهادة لا توصف بانها زور بينما في الشريعة الاسلامية لا ينفي وصف الزور عن الشهادة عدم علم القاضي بكون الشاهد كاذباً ما دامت تخالف حقيقة ما عليه الامر .

ومما يجدر بالملاحظة إن فقهاء قوانين المرافعات يقسمون الاحكام القضائية الى احكام كاشفة واخرى منشئة [1] ويقولون إن الاحكام الكاشفة هي الاحكام التي تقرر وتؤكد لحالة أو مركز موجود من قبل، دون أن تتضمن ألزام أحد الخصمين بأداء معين 'لذا فأن الاحكام المقررة لا ترمي إلا الى تأكيد رابطة قانونية معينة . وبصدورها تتحق الحماية القانونية الكاملة، فهي تزيل الشك أوالتجهل الذي يدور حول هذا الحق أوالمركز القانوني، ومثال هذه الاحكام الحكم بتقرير رابطة الزوجية أو بنوة شرعية أوصحة عقد أو الحكم ببراءة ذمة المدين أو الحكم بتزويد سند أو وثيقة.أما الحكم المنشيء هوالحكم الذي يقرر إنشاء مركز قانوني جديد أوتعديله أو إنهاء مركز قانوني الموجود فعلا قبل صدوره، فالحكم باشهار إفلاس الفعلي للتاجر، على انه لايمكن القبول بفكرة وجود حكم قضائي منشيء للحقوق و الالتزامات لأ ن مصادر الالتزام وردت حصراً في القانون المدني وليس بينها الحكم القضائي.

---

(١) وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، مكتبة المعارف، القاهرة، ص ٢٦٩.

الفصل الثالث
غياب الروح ظلم الحرف وقسوة الحكم

في هذا الفصل نماذج من تشريعات وقوانين غابت عنها الروح العادلة روح الأنصاف والمساواة فجاءت قوانين ظالمة، في الفصل إيضاً قرارات لقضاة محاكم غابت عنهم غايات القانون واهدافه وروحه فجاءت أحكامهم ظالمة قاسية، والقوانين التي نوردها هنا لا رابط زماني أو مكاني يربطها بل يربطها رباط عدم العدالة وغياب الروح عنها .

المبحث الأول
تشريعات ظالمة

هنا ستجد عزيزي القارىء تشريعات غابت عنها الروح وهي تشريعات مختلفة في حقب تاريخية مختلفة منها ما يتعلق بدوافع دينية ومنها ما يتعلق بأمور تنظيمية وقد شهد التأريخ في مختلف حقبه قوانين ظالمة ميزت بين الناس بسبب اديانهم أو اعراقهم أو مركزهم ومانورده هنا هي أمثلة فقط لا غير، في العام ١٤٩١ أنتهت حضارة رائعة اقامها المسلمون في الأندلس أنتهت بتوقيع معاهدة تسليم غرناطة اعقبت هذه المعاهدة سلسلة هستيرية من التشريعات والقوانين عمت ارجاء اوربا لأجبار المسلمين على الخروج من

أسبانيا وبقية المقاطعات أو إجبارهم على ترك دينهم والدخول في المسيحية واطلق على مسلمي تلك الحقبة "المورسيكيين"أو كما ترجمها البعض "المسلمين المدجنين"، إن المجتمع الأستعماري الذي استقر في غرناطة كما يقول خوليو كارو باروخا كان يحول بين الوفاء بمعاهدة تمت وفق مفاهيم عصور أخرى . كان المجتمع المورسيكي يشعر بضغوط جماعة مسيطرة وكان يبحث لنفسه عن مخرج إن أستمرار عقائد وعادات المورسيكيين كان في نظر السلطات السياسية والدينية امراً محالاً ولهذا فقد أدانت تلك السلطات الحياة المورسيكية بما فيها من ممارسة للشعائر الدينية سراً.[1]وقد جمعت الأستاذة في جامعة مدريد مرثيديس غارثيا أرينال [2]وثائق القوانين والتشريعات التي صدرت في تلك الحقبة ومن هذه القوانين سلسلة القوانين التي صدرت عام ١٥٦٧ضد المورسيكيين وكانت تقضي :

- حظر اللباس المورسيكي على الرجال والنساء وإلزام النساء بكشف الوجه
- في الزفاف وفي كل أنواع الإحتفالات تمنع رقصة السمرة وإقامة الليالي بمصاحبة الالات والأغنيات المورسيكية حتى لو كانت لا تتضمن شيئاً مريباً أو مخالفاً للديانة المسيحية
- يجب أن تظل أبواب البيوت مفتوحة وتمنع النساء من وضع الحناء على الشعر

---

(١) أنطونيو دومينغو أورتيث وبيرنارد فينثينت، تأريخ المورسيكيين حياة ومأساة أقلية، ترجمة الدكتور عبدالعال صالح، دار الأشراق، قطر، ١٩٨٨، ص٥.

(٢) مرثيديس غارثيا أرينال، المورسيكيون الأندلسيون، ترجمة الدكتور جمال عبد الرحمن، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة، ٢٠٠٣.

- يمنع أستخدام الأسماء والألقاب الاسلامية

وتطبيقاً لهذه القوانين فقد أصدرت محكمة جرائم الألحاد في كوينكا حكماً ضد فرانثيسكو دي أسبينوزا وهو مسلم متنصر حديثاً من أهالي الأقليم وجاء في حيثيات الحكم : "قد حضر ممثل الأتهام وقدم اتهامه لأسبينوزا وقال أن المتهم كان مسيحياً يتمتع بكل الأمتيازات التي يتمتع بها الكاثوليك اذ أنهم كانوا يخافون ربنا وامه المباركة العذراء لكنه ألحد وأرتكب جريمة الألحاد خاصة ما يأتي :

١-ان المدعو أسبينوزا تحدث مع أشخاص أخرين عن الحرب التي كان المسيحيون سيخوضونها ضد المسلمين فقال ان هذه الحرب ضد المسلمين لن تفيد شيئاً لأن المسلمين أكثر عدداً من المسيحيين قال ذلك وهو مسرور يضحك

٢-ان المدعو أسبينوزا عندما كان في أحد البيوت دخل شخص من أصل مسلم وقال ان المسلمين شرفاء لم يرد عليه أسبينوزا بل أرتبك وقد فهم من رأوه أنه أرتبك لما علم ان من سمعه ليس على دينه

٣-ان المدعو أسبينوزا كان موجوداً عندما كان أشخاص يقرأون أحد الكتب عن محمد ودينه وخاصة كيف أستطاع محمد أن يتسيد على أراض كثيرة وان أسبينوزا لما سمعهم سر كثيراً

٤-ان المدعو أسبينوزا كان يتحدث مع أخرين سالوه عما اذا كان للمسلمين صلوات فطلب منهم ان يتركوه وان الوقت غير مناسبا للحديث عن ذلك ولما كرروا السؤال أجابهم بكلمات عربية غير معروفة

ولما كان أسبينوزا قد قال وفعل جرائم أخرى إلحادية ضد عقيدتنا الكاثوليكية لذلك فان ممثل الإتهام يطلب منا أن نأمر بمحاكمة أسبينوزا

بكل قوة وأن نعلن أنه ملحد وأنه متواطىء مع الملحدين ولذلك فهـو يقـع تحت طائلة عقوبة الكفر الأكـبر وأن نـصادر كـل أملاكـه وأن نـأمر بـذلك أعتباراً من اليوم الذي أرتكب فيه هذه الجـرائم وأن نعلـن أن أبنائـه غـير مؤهلين لتولي أي وظيفة عامة وفقاً لقوانين هذه المحكمة كما يطلب بصفة خاصة تطبـيق أحكام القانون بشكل تام

الحكم : نظرنا في هذه القضية ورأينا أن ممثل الأتهام قد وجـه أتهامـه بشكل جيد ورأينا أنه ثبت لدينا حسن نيته وبنـاء عليـه نعلـن أن المـدعو فرانثيسكو أسبـينوزا كان ملحداً ولهذا فقد وقع تحت طائلة الحكم بـالكفر الأكبر وتحت طائلة العقوبات الأخرى التي يعاقـب بهـا مـن أرتكـب جريمـة الألحاد ومنها مصادرة جميع ممتلكاته وهذا ما أمرنا به أن ينفذ اعتباراً من اليوم الذي أرتكب فيه المدعو هذه الجرائم أي منذ ستين عاماً لكننـا نريـد أستعمال الرأفة معه وعدم تطبـيق بنود القانون مادام أنه وعد بالتحول الى عقيدتنا الكاثوليكية المقدسة بقلب خالص فإننا نأمر أن تكون عقوبته على جرائمه التي أرتكبها أن يخرج(يوم الموكب)مع المذنبـين الأخـرين بملابـس صفراء عليها شارة وان يتلى هذا الحكم وان يتنازل علناً عن الممارسات التي أعترف أمامنا بها وعن كل مظاهر الإلحاد بعد إعلان ذلـك نعلـن الـصفح ونلغي اعلان ألحاده كما نأمر بسجنه وبأن يرتدي لبـاس المذنبـين فـوق أي شيء يرتديه وأن يكون حبسه في سجن هذه المدينة وأن يذهب كل يوم أحـد للكنيسة لسماع الوعظ وأن يذهب كل يوم سبت في (موكب)الى كنيـسة العذراء كما نعلن عدم أهليته لتولي وظـائف عامـة وعـدم أهليتـه لحمـل السلاح ولا ركوب الخيل ولا أرتداء الحرير ولا بأي شيء محـرم علـى فاقـدي

الأهلية طبقاً لقوانين الممالك. هذا ما نعلنه ونأمر به بناء على توقيعنا صدر في مدينة كوينكا في الخامس من شهر يوليو لعام ١٥٦٢ "[١]

وبناءاً على هذه القوانين الجائرة وقرارات المحاكم فقد ارسل مسلمو الأندلس الى علماء عدة يستفتونهم حول كيفية التصرف للحفاظ على عقائدهم في مثل هذه الظروف وينقل لنا التأريخ نص أحدى هذه الفتاوى أوردها هنا لأهميتها[٢]

إجابة مفتي وهران على أسئلة وردت إليه من الأندلس في ٣ مايو عام ١٥٦٣:

"الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما . اخواننا القابضين على دينهم كالقابض على الجمر، ممن أجزل الله ثوابهم فيما لقوا في ذاته وصبروا النفوس والاولاد في مرضاته الغرباء القرباء إن شاء الله من مجاورة نبيه في الفردوس الأعلى من جناته وارثو سبيل السلف الصالح في تحمل المشاق وإن بلغت النفوس الى التراق نسأل الله أن يلطف بنا وأن يعيننا وإياكم على مراعاة حقه بحسن إيمان وأن يجعل لنا ولكم من أمرنا فرجا ومن كل ضيق مخرجا. بعد السلام عليكم من كاتبه إليكم من عبيد الله أصغر عباده وأحوجهم الى عفوه ومزيده عبيد الله أحمد بن بو جمعة المغراوي ثم الوهراني . كان الله للجميع بلطفه وستره سائلاً من اخلاصكم وغربتكم حسن الدعاء بحسن الخاتمة والنجاة من أهوال هذه الدار والحشر مع الذين انعم الله عليهم من الابرار ومؤكداً عليكم في ملازمة

(١) المصدر السابق، ص ١١١.

(٢) محمد عبدالله عنان، دولة الإسلام في الأندلس، الجزء السابع، مكتبة الأسرة، الهيئة المصرية للكتاب، ٢٠٠١، ص ٣٤٢-٣٤٤.

دين الاسلام آمرين به من بلغ من أولادكم ان لم تخافوا دخول شر عليكم من إعلام عدوكم بطويتكم فطوبى للغرباء الذين يصلحون أذا فسد الناس وإن ذاكر الله بين الغافلين كالحي بين الموتى فاعلموا ان الاصنام خشب منجور وحجر جلمود لا يضر ولا ينفع وأن الملك ملك الله ما أتخذ من ولد وماكان معه من اله فاعبدوه واصطبروا لعبادته فالصلاة ولو بالآيماء والزكاة ولو كأنها هدية لفقيركم أو رياء لأن الله لا ينظر الى صوركم ولكن الى قلوبكم، والغسل من الجنابة ولو عوماً في البحور، وإن منعتم فالصلاة قضاء بالليل لحق النهار، وتسقط في الحكم طهارة الماء وعليكم بالتيمم ولو مسحاً بالأيدي للحيطان فإن لم يكن فالمشهور سقوط الصلاة وقضاؤها لعدم الماء والصعيد، إلا أن يمكنكم الإشارة اليه بالأيدي والوجه الى تراب طاهر أو حجر أو شجر مما يتيمم به فأقصدوا بالإيماء، وإن أكرهوكم في وقت الصلاة الى السجود للأصنام أو حضور صلاتهم فأحرموا بالنية وأنووا صلاتكم المشروعة، وأشيروا الى ما يشيرون إليه من صنم ومقصودكم الله، وإن كان لغير القبلة تسقط في حقكم كصلاة الخوف عند الالتحام وإن أجبروكم على شرب خمر فأشربوه لا بنية أستعماله وإن كلفوا عليكم خنزيراً فكلوه ناكرين إياه بقلوبكم ومعتقدين تحريمه، وكذا إن أكرهوكم على محرم وإن زوجوكم بناتهم فجائز لكونهم أهل كتاب، وإن أكرهوكم على إنكاح بناتكم منهم فاعتقدوا تحريمه لولا الإكراه وإنكم ناكرون لذلك بقلوبكم ولو وجدتم قوة لغيرتموه وكذا إن أكرهوكم على ربا أو حرام فافعلوا منكرين بقلوبكم ثم ليس عليكم إلا رؤوس أموالكم وتتصدقون بالباقي إن تبتم لله تعالى وإن اكرهوكم على كلمة الكفر فإن أمكنكم التورية والإلغاز فافعلوا وإلا فكونوا مطمئني القلوب بالإيمان إن نطقتم بها ناكرين لذلك، وإن قالوا أشتموا محمداً فإنهم

يقولون له مد فأشتموا مداً ناوين أنه الشيطان أو مد اليهود فكثير بهم أسمه، وإن قالوا عيسى بن الله فقولوها إن أكرهوكم وأنووا بالإضافة للملك كبيت الله لايلزم أن يسكنه أو يحل به، وإن قالوا قولوا مريم زوجة له فأنوو بالضمير أبن عمها الذي تزوجها في بني إسرائيل ثم فارقها قبل البناء، وإن قالوا عيسى قد توفي بالصلب فأنووا التوفية والكمال والتشريف من هذه وإماتته وصلبه وإنشاد ذكره وإظهار الثناء عليه بين الناس وأنه أستوفاه الله برفعه الى علو وما يعسر عليكم فأبعثوا فيه الينا نرشدكم إن شاء الله على حسب ماتكتبون به وأنا أسأل الله أن يديل الكره للإسلام حتى تعبدوا الله ظاهراً بحول الله من غير محنة ولا وجلة . بتأريخ غرة رجب عام عشرة وتسع مائه عرف الله خيره . يصل إلى الغرباء إن شاء الله تعالى ".هذا مثال على تشريعات قانونية ظالمة ميزت بين الناس بحسب دينهم .[1]

---

(١) وقد ادت هذه التشريعات الظالمة ضد المورسيكيين الى هجرة الكثير منهم الى الجانب الأخر من المحيط الأطلسي وأستوطنوا أمريكا وقد نشر الأستاذ يوسف مروة في دراسته عن "الوجود الإسلامي في الأمريكيتيين قبل كولومبوس " وثيقتان بالاسبانية تثبتان الوجود الإسلامي في أمريكا الإسبانية قبل عام (١٥٥٠م) لأجل القرار الذي كان عام (١٥٣٩م) من قبل كارلوس الخامس ملك إسبانيا، الذي أرغم أبناء المسلمين الذين أعدموا حرقا على الذهاب إلى أراضي إنديز الغربية (West Indies) ، هذا القرار صودق عليه عام (١٥٤٣م) وبذلك تم ترحيل جميع المسلمين من السواحل الإسبانية، ويذكر يوسف مروة أن كولومبس أبحر من بالوس(Palos بديلبا)، بإسبانيا ووصل إلى غميرة (Gomera) من الجزر الكناري، وغميرة هي بالعربية تصغير للغمر وجمعها: الأغمار.هناك وقع كلومبوس في غرام مع بترز بوباديللا Petriz Bobadella .بنت القائد العام للجزيرة.الإسم العائلي بوباديلاه جاء من الإسم العربي الإسلامي: أبو عبد الله.آخر من رجالات بيت بوباديلاه هو (فرنسيسكو) وهو مندوب الملك، ربط كولومبوس في الأغلال وأرسله من سانتو دومينكو رجوعا إلى إسبانيا في نوفمبر عام1500) م .وقد كانت لعائلة بوباديللا علاقة بالأسرة الحاكمة (العبادية) التي كانت في إشبيلية (١٠٣١-

١٠٩١م وفي الثاني عشر من أكتوبر عام (١٤٩٢م) نزل كلومبوس في جزيرة صغيرة في الباهماس، كان اسمها غوان هاني(Guana Hani) ، بمساعدة السكان الأصليين لتلك المنطقة، ثم غير اسمها إلى سان سالفادور.(San Salvador) لفظة (غوانا هاني) أتت من الماندينكا(Mandinka) ، وهي مكونة من الألفاظ العربية (غوانا) إخوانا، أي: إخوان. وهاني: اسم عربي، فاسم البلدة كان (إخوان هاني.) . وينقل يوسف مروة عن المؤرخ واللغوي الأمريكي ليو وينر (Leo Weiner) من جامعة هارفارد، في كتابه "إفريقيا واكتشاف أمريكا" الذي طبع عام ١٩٢٠ (Africa and the Discover of America)أن كلومبوس كان على علم بوجود أقوام الماندينكا في العالم الجديد، وأن مسلمي غرب إفريقيا كانوا منتشرين في منطقة الكارايبي، في وسط وجنوب وشمال الأراضي الأمريكية، بما في ذلك كندا، حيث كانوا يتاجرون بل ويتزاوجون مع أقوام الإيروكويس (Iroquois) والألكونكوين (Algonquin) الهنديين وخلص الى نتيجة وهي أن "كولومبس وأتباعه لم ينزلوا أرضا خالية لكنهم نزلوا عالما تساوي الكثافة السكانية في بعض مناطقه مثيلتها في أوروبا وهبطوا عالما ذا ثقافة مركبة حيث العلاقات الانسانية أكثر مساواة من أوروبا. عام ١٩٢٩م، اكتشفت خريطة للمحيط الأطلسي رسمها بيري محيي الدين رايس، الذي كان رئيس البحرية العثمانية في وقته، وذلك سنة ٩١٩ هـ/ أي: حوالي: ١٥١٠-١٥١٥م، الخريطة الموجودة الآن: الغريب فيها أنها تعطي خريطة شواطيء أمريكا بتفصيل متناه غير معروف في ذلك الوقت بالتأكيد، بل ليس الشواطيء فقط، بل أتى بأنهار وأماكن لم يكتشفها الأوروبيون إلا أعوام-1540 : 1560م، فهذا يعني – وكما ذكر بيري رايس – بأن هذه الخريطة مبنية على حوالي تسعين خريطة له وللبحارين الأندلسيين والمغاربة الذين قدموا قبله، فسواء هو أو المسلمون قبله سيكونون عرفوا قطعا تلك المناطق، وعرفوا اسمها قبل الأوروبيين. ومن ضمن المسائل في هذه الخريطة التي تدل على تقدمهم على الأوروبيين بكثير في معرفتهم بالقارة الأمريكية: أنهم أظهروا جزرا في المحيط الأطلسي لم يكن يعرفها الأوروبيون، بما فيها: جزر الرأس الأخضر"Cap Verde" ، وماديرا، وجزر الأزور، وبما فيهم جزر كناريا بالتفصيل، التي كنا نسميها "جزر الخالدات". والغريب في الأمر أنه أظهر بالتفصيل جبال الأنتس التي هي جبال تشيلي غرب قارة جنوب أميركا، التي لم يصلها الأوروبيون إلا عام ١٥٢٧م، وأظهر أنهارا في كولومبيا، ونهر الأمازون بالتفصيل، ومصبه الذين لم يكونا معروفين عند الأوروبيين ولا موجودين في خرائطهم .

ننتقل الأن الى تشريعات أخرى ظالمة ميزت بين الناس بحسب مراكزهم ووظائفهم مع ان روح القانون وحرفية نصوص القانون تقضي بالمساواة بين كل المخاطبين بالقانون إلا أن المشرع عاد وهدم هذه المساواة حينما قرر إستثناءات لبعض الأشخاص والهيئات القضائية من الخضوع لولاية المحاكم بمعنى أنه لم يجز أن تنظر المحاكم بالدعاوى التي ترفع على

وأظهر نهر الأمازون بالتفصيل، بحيث رسم في مصب النهر المذكور بوضوح جزيرة يسمونها الآن "ماراجو"، وهي الآن موجودة في الخريطة الحالية التي ما وصلها الأوروبيون إلا آخر القرن السادس عشر . وقد لاحق الاسبان بالاضطهاد والقتل المسلمين حتى بعد هجرتهم لامريكا ولقد كتب كولومبوس تقريرا الى مولي رحلته ملك وملكة اسبانيا قائلا ان "الرب الخالد يمنح النصر للذين يسلكون طريقه مهما كانت الصعاب. "ثم بدأت إبادة المسلمين الهاربين حيث كان يتم اخذ الرجال و الاطفال كعبيد لتلبية الحاجة للايدي العاملة، ويتم اختطاف النساء كوسيلة لتحقيق المتعة الجنسية .ولقد ذكر الأستاذ علي بن المنتصر الكتاني في محاضرة له وهي جزء من موسوعة الوجود الإسلامي في العالم التي صدرت بتمويل من رئيس الوزراء اللبناني رفيق الحريري ذكر" ان أسم "The Malingers"، اسم إذا رآه شخص لا يعيره اهتماما، يسمونهم أحيانا "The white of the Appalachians"، جبال الأبالاش، تقع في شرق الولايات المتحدة، وبها سكان يسمونهم" ميلونجونز"، هم مهاجرون من البرتغال في أوائل القرن السادس عشر" هربوا من محاكم التفتيش إلى البرازيل، فلما جاء البرتغاليون واحتلوا البرازيل" تابعتهم محاكم التفتيش، فركبوا البواخر وهربوا إلى أمريكا الشمالية، قبل أن يصلها الإنجليز، واختلطوا مع قبائل الهنود الحمر. غير أن الإنجليز لما عادوا عاملوهم معاملة الهنود الحمر، قتلا وإبادة، فهربوا إلى جبال الأبالاش. واحد منهم اسمه: "برونـد كينيـدي"، "Brand Kennedy"، أخذ تمويلا من جامعة فرجينيا الغربية"West Virginia" ، لدراسة أصول هؤلاء القبائل، ومن أين أتوا، لأنه واحد منهم.وبدءا من دراسة عاداتهم" اكتشف بأن أصولهم من المسلمين الأندلسيين. والغريب في الأمر أن التاريخ مخيف، فأي شعب يُضطهد إلا وينتقم لنفسه بطريقة من الطرق: أحد زعماء الولايات المتحدة، الذي هو سليل هذا الشعب، هو "أبراهام لينكولن"، وبذلك يظهر بأن الجذور في تحرير السود هي كأنه يحرر نفسه، فانتقم بتلك الطريقة من النصارى البيض "

هذه الجهات، على ان المبررات التي ساقها المشرع لتبرير عدم الخضوع لولاية المحاكم مبررات ضعيفة لا تصمد أمام النقاش والأنتقاد .

الأصل القانوني هو أن : "تسري ولاية القضاء على جميع الإشخاص الطبيعية والمعنوية العامة والخاصة" [١] فالجميع سواء في الخضوع لسلطان القضاء، ولكن لكل قاعدة أستثناء كما يقولون والقاعدة الوحيدة التي لم يظهر لها إستثناء هي قاعدة " ان لكل قاعدة إستثناء " وقد بادر المشرع ونص على هذا الإستثناء بقوله في الخضوع لولاية المحاكم : "تسري ولاية القضاء على جميع الإشخاص إلا ما أستثني منها بنص خاص" فالمشرع أحتفظ لنفسه بسلطان كبير في تحديد حالات الخضوع أو عدم الخضوع لولاية المحاكم، والإستثناء في مجال القانون يجب أن يكون في حدود ضيقة وأن لا يتسع حتى يكبر عن القاعدة التي ورد عليها، لكن واقعياً ومن الناحية الفعلية فقد توسع المشرع في إستخدام هذا الإستثناء حتى انه في بعض الحالات تقلصت الى حد كبير صلاحيات القضاء في النظر في الدعاوى، والمشرع حينما يستثني جهات قانونية ومراكز من الخضوع للقضاء العادي فإنه إما أن ينشىء قضاءاً خاصاً للنظر في الدعاوى التي تكون هذه الجهات طرفاً فيها وإما أن يترك الموضوع بشكل مطلق بحيث تصبح هذه الجهات غير خاضعة للقضاء بالمطلق . وعلى سبيل المثال فإن من بين الإستثناءات غير الموفقة التي نص عليها القانون هو عدم إمكانية القضاء في نظر الدعاوى التي تقام على الهيئات التعليمية فقد نصت المادة الثامنة والثلاثون من

---

(١) هذا الأصل منصوص عليه ف أغلب قوانين الإجراءات والمرافعات في العالم وقد نص عليه المشرع العراقي في المادة الثالثة من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠لسنة ١٩٧٩ .

قانون وزارة التعليم العالي في العراق [1] : " ١ - لا تسمع المحاكم الدعاوى التي تقام على الوزارة أو الجامعات أو هيئة المعاهد أو الكليات أو المعاهد في كل ما يتعلق بالقبول أو الأنتقال أو الأمتحانات أو العقوبات الأنظباطية التي تفرض على الطلبة والفصل وترقين القيد وغيره ويكون للوزارة أو الجامعة أو هيئة المعاهد وحدها حق البت في الشكاوى التي تنشأ عن هذه الأمور. ٢ – تمنع المحاكم من النظر في دعاوى تقويم الشهادات والدرجات العلمية والأجنبية التي تلي مرحلة الدراسة الثانوية ودعاوى منح الألقاب والشهادات العلمية والفخرية "، وقد قيل في تبرير هذا الإستثناء ان الكلية والمعهد هي جهة أكاديمية علمية نستهين بها إن جعلناها تخوض في ساحات المحاكم لكن هذا التبرير لا يصمد أمام النقاش والتحليل القانوني فهذه الجامعات والكليات والمعاهد تتخذ إجراءات تنظيمية إدارية وهذه الإجراءت يعتريها الخطأ والصواب فلم نمنع من يعتقد إن له حق في المطالبة بحقة أمام القضاء وهل أن جامعة ما إذا ثبت خطأ أحد إجراءتها التنظيمية يعد ذلك طعناً في علميتها وأكاديميتها وهل أن التحصن خلف هذا الأستثناء سيجعل الكلية أو الجامعة تتمتع بالإحترام الأكاديمي ؟ وهل يتصور أن يكون نظر الجامعة أو الوزارة محايداً إذا رفعت شكوى على أحد العاملين فيها ؟ وذلك لأن المشرع حصر جهة النظر في الشكاوى في الوزارة أو الجامعة كما سبق وبينا، على أنه من الملاحظ أن الدول التي تمنع القضاء من النظر في دعاوى المؤسسات الجامعية تتسم جامعاتها عادة بالتخلف والتأخر العلمي فمنذ سنوات طويلة لم نر أسم جامعة عراقية دخلت في قائمة

(١) القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٨٨ ومنشور في الوقائع العراقية العدد ٣١٩٦ الصادر في ٤ – ٤-١٩٨٨.

أفضل خمسمائة جامعة في العالم التي تصدرسنوياً [1]. وقد صدر في العراق قانون رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٥ وهو قانون "إلغاء النصوص القانونية التي تمنع المحاكم من سماع الدعاوى" الذي نص في المادة الأولى منه : "تلغى النصوص القانونية التي تقضي بمنع المحاكم من سماع الدعاوى" لكن المشرع عاد في المادة الثالثة من القانون الى الإستثناء الذي يستهويه فنص : "تستثنى قوانين وزارة التعليم العالي والبحث العلمي من أحكام هذا القانون" [2]. وهنا تمس الحاجة لقاض شجاع يستطيع أن يكسر هذه الحلقة ولن يعوزه الدليل القانوني إذا ما قرر خضوع الجميع لسلطات القضاء فتعديل القوانين يبدأ في المحاكم وينتهي بقرار يتخذه المشرع .

على إن سوح القضاء في الدول التي لم تمنع القضاء من النظر في الدعاوى ضد الجامعات شهدت قضايا عديدة ترفع ضد جامعات ومن بين

---

(١) تصدر سنوياً قوائم لأفضل جامعات العالم وتعتمد هذه القوائم على معايير متعددة لأختيار الجامعات الأفضل في العالم ومن هذه المعايير مثلاً عدد براءات الاختراع التي تسجلها الجامعة، عدد البحوث العلمية التي تنشرها الجامعة، عراقة الجامعة تأريخياً، وهناك موقع على شبكة الأنترنت متخصص بنشر قوائم الجامعات الأفضل في العالم وفيه يجد القارىء معايير الأفضلية وهذا الموقع هو : http://www.topuniversities.com

(٢) وتطبيقاً لهذه الإستثناءات التشريعية فقد قضت محكمة التمييز العراقية بأنه لا تسمع الدعاوى التي تقام على الجامعة فيما يتعلق بالقبول والأمتحانات أو العقوبات الأنضباطية التي تفرض على الطلبة بسبب الرسوب وغيره وفق المادة ٣٧ من قانون جامعة بغداد رقم ٥٤ لسنة ١٩٦٨وهذا المنع من القواعد الأمرة فهو من النظام العام . كما قضت محكمة القضاء الإداري في دعوى أحد طلبة الماجستير في كلية الإدارة والأقتصاد تم ترقين قيده بسبب الرسوب بأنه لا ينظر القضاء الإداري في الدعاوى المتعلقة بالأمتحانات والفصل بسبب الرسوب أستناداً الى المادة ٣٨ من قانون وزارة التعليم العالي والبحث العلمي التي تمنع المحاكم من النظر في هذه الدعاوى .نقلاً عن قاسم تركي عواد ، النظام القانوني للتعليم العالي في العراق، بغداد ، ٢٠٠٩، ص ٣٠.

هذه القضايا تلك التي ترفع على جامعات لها مستشفيات تعليمية فالجامعة تتحمل المسؤولية قانوناً عن أي حالة خطأ أو إهمال يتسبب بأضرار للمرضى من قبل كادر المستشفى وطلابها المتدربين، وعلى سبيل المثال رفعت دعوى قضائية ضد جامعة ميامي بسبب ان الأطباء في مستشفى جاكسون ميموريال / جامعة ميامي فشلوا في تقديم الرعاية المناسبة بعد العملية للسيدpaplo Portiele، الذي كان يعالج في البداية لاصابته بطلق ناري ثم نقل الى وحدة الرعاية اللاحقة للعمليات الجراحية حيث تدهورت حالته الصحية بسبب إهماله من قبل الأطباء. وهو حاليا في حالة الوعي المحدود وتم نقله الى مركز لإعادة التأهيل حيث لا يزال طريح الفراش وغير قادر على الكلام، والمشي، وتناول الطعام أو القيام بأنشطة الحياة اليومية.وقد قررت محكمة الولاية مسؤولية جامعة ميامي عن حالات الاخطاء الطبية والأهمال وعدم وجود الرقابة الكافية وسوء الممارسة الطبية التي تقع في المستشفى التابع لها وإلزامها بالتعويض(١) . أيضاً من الدعاوى التي رفعت على جامعات عام ٢٠٠٢ رفع مجموعة من الطلاب دعوى ضد جامعة ويومنغ الأمريكية بسبب انها أعلنت عن محاضرة للدكتور ديفيد لين ليتحدث في محاضرة على القاعة الرئيسية للجامعة لكن المحاضر لم يات وقام الطلاب برفع دعوى ضد جامعتهم لأنها لم تحترم وقتهم(٢) .

---

(١) http://www.miamiinjuryattorneysblog.com

(٢) http://blogs.westword.com

المبحث الثاني
قرارات قضائية اغرب من الخيال

في هذا المبحث نورد أحكام لمحاكم فقدت الروح فيها فجاءت أغرب مايكون وهذه الأمثلة مأخوذة من القضاء الأمريكي وقبل البدء في ذكرهذه القضايا نحب أن يتعرَف القارىء الكريم بالنظام القضائي الأمريكي، يقوم الاختصاص القضائي في امريكا على أساس تقسيمه الى قضاء فيدرالي وأخر للولايات، و المحاكم الفيدرالية تختص بما يأتي

- الدستور والقوانين الأمريكية
- المعاهدات
- الإفلاس والجمرك والامتيزات وحقوق إمارة البحر والتجارة الدولية
- الحكومة الفيدرالية أو حكومة ولاية
- السفير أو موظف حكومي
- الدول الأجنبية
- القضايا تخص مواطني ولايات مختلفة حيث تكون قيمة القضية أكثر من ٧٥,٠٠٠ دولار

أما قضاء الولايات فيختص

- النزاعات حول العقود
- العلاقات العائلية
- الأضرار الشخصية
- الإساءات الجنائية ضد الولاية
- الدعاوي حول دستور الولاية
- الدعاوي حول الدستور الفيدرالي

تشكل النساء ٢٥ بالمئة من عـدد القـضاة في امريكـا، يـشكل ذوي البشرة البـيضاء ٨١بالمئة من القضاة والباقي هم من الملونين [١]

وهذه نماذج لبعض الأحكام القضائية الصادرة من المحاكم الأمريكية، فقد نشأت في عام ١٩٩٢ مسابقة في أمريكا سميت (جائزة ستيلا) لاختيار أعجب وأغرب القضايا التي يصدر فيها حكم من المحاكم ويـصدر كتابـا سنويا يحوي هذه الاحكام القضائية ولهم موقع على شبكة الانترنت [٢]راجعه إيها القارىء المفضال وستجد فيه أحكام قضائية في غايـة الغرابـة، وسميـت تلك الجائزة باسم السيدة (ستيلا ليبـــيك) و قـضية سـتيلا كمـا وردت في الكتاب السنوي

• Stella was not driving when she pulled the lid off her scalding McDonald's coffee. Her grandson was driving the car،and he had pulled over to stop so she could add cream and sugar to the cup.

• Stella was burned badly (some sources say six percent of her skin was burned،other sources say 16 percent was) and needed two years of treatment and rehabilitation،including skin grafts. McDonald's refused an offer to settle with her for $20،000 in medical costs.

• McDonald's quality control managers specified that its coffee should be served at 180-190 degrees Fahrenheit. Liquids at that temperature can cause third-degree burns in 2-

---

(١) حسب معلومات مركز تأريخ القضاء الفيدرالي الأمريكي يناير ٢٠٠٧.

(٢) http://www.stellaawards.com

7 seconds. Such burns require skin grafting، debridement and whirlpool treatments to heal، and the resulting scarring is typically permanent.

• From 1982 to 1992،McDonald's coffee burned more than 700 people،usually slightly but sometimes seriously،resulting in some number of other claims and lawsuits.

• Witnesses for McDonald's admitted in court that consumers are unaware of the extent of the risk of serious burns from spilled coffee served at McDonald's required temperature، admitted that it did not warn customers of this risk،could offer no explanation as to why it did not،and testified that it did not intend to turn down the heat even though it admitted that its coffee is "not fit for consumption" when sold because it is too hot.

• While Stella was awarded $200،000 in compensatory damages،this amount was reduced by 20 percent (to $160،000) because the jury found her 20 percent at fault. Where did the rest of the $2.9 million figure in? She was awarded $2.7 million in punitive damages -- but the judge later reduced that amount to $480، 000،or three times the "actual" damages that were awarded.

But...

• The resulting $640،000 isn't the end either. Liebeck and McDonald's entered into secret settlement negotiations rather than go to appeal. The amount of the settlement is not known -- it's *secret!*

• The plaintiffs were apparently able to document 700 cases of burns from McDonald's coffee over 10 years،or 70 burns per year. But that doesn't take into account how many cups are sold *without* incident. A McDonald's consultant pointed out the 700 cases in 10 years represents just 1 injury per *24 million* cups sold! For every injury،no matter how severe،23،999، 999 people managed to drink their coffee without any injury whatever. Isn't that proof that the coffee is not "unreasonably dangerous"?

• Even in the eyes of an obviously sympathetic jury،Stella was judged to be 20 percent at fault -- she did،after all،spill the coffee into her lap all by herself. The car was stopped،so she presumably was not bumped to cause the spill. Indeed *she* chose to hold the coffee cup between her knees instead of any number of safer locations as she opened it. Should she have taken more responsibility for her own actions?

And...

• Coffee is *supposed* to be served in the range of 185 degrees! The National Coffee

Association recommends coffee be brewed at "between 195-205 degrees Fahrenheit for optimal extraction" and drunk "immediately". If not drunk immediately،it should be "maintained at 180-185 degrees Fahrenheit: Exactly what، then،did McDonald's do wrong? Did it exhibit "willful،wanton،reckless or malicious conduct" -- the standard in New Mexico for awarding punitive damages?

The Court of Public Opinion has also issued its verdict: Stella has become an American icon. Rightly or wrongly،she is a symbol of the American Tort system gone wrong

ذهبت العجوز ستيلا إلى أحد فروع مطاعم ماكدونالد في ولاية نيومكسيكو حيث تناولت وجبة ثم طلبت فنجاناً من القهوة، وأثناء تناوله أسقطته على فخذيها فأصيبت بحروق متوسطة، وبالرغم من أن السيدة (ستيلا) هي التي تسببت في سقوط القهوة الساخنة على جسمها، فإنها سارعت إلى رفع دعوى قضائية ضد المطعم مطالبة بتعويضها عن (الأضرار الجسدية والمعنوية) التي لحقت بها لان درجة حرارة القهوة كما قال محاميها يجب ان لا تزيد عن ١٨٠ -١٩٠ فهرنهايت والا تسببت بحروق بالغة وان ماكدونالدز لم تحذر زبائنها من ذلك، وطالبت العجوز ستيلا في الحصول على تعويض مادي مقداره ٢,٩ مليون دولار أمريكي عداً ونقداً ولكن القاضي خفض في وقت لاحق هذا المبلغ إلى ٤٨٠٠٠٠$ ودخلت ستيلا في مفاوضات سرية مع ماكدونالدز لعدم استئناف الحكم ومنذ ذلك الوقت ١٩٩٢ بدأت وسائل الإعلام الأمريكية في إطلاق اسم (جائزة ستيلا) على أي دعوى

قضائية يكسبها رافعها، على الرغم من سخافة وغرابة دعواه، التي يكون هو السبب في حدوث الأضرار التي لحقت به، التي يجب في معظمها النظر إلى رافع الدعوى على أنه مجرم تجب معاقبته بدلاً من مكافأته.

وفي العام ٢٠٠٦م وما بعده كان هناك عدد من الدعاوى القضائية الغريبة التي صدر بشأنها حكم من المحاكم الأمريكية وكسبها رافعوها دون وجه حق من وجهة نظر الرأي العام الذي شارك في التصويت على غرابة تلك الأحكام، وحصل أصحاب تلك القضايا على تعويضات ضخمة لينضموا بذلك إلى قافلة الفائزين بـ(جوائز ستيلا) ذات السمعة السيئة وفيما يلي سرد توضيحي للفائزين بـ(جوائز ستيلا) لأغرب الأحكام القضائية:

- بموجب حكم قضائي حصلت كاثلين روبرتسون (من أوستن، تكساس) على تعويض مالي مقداره ثمانمائة ألف دولار أمريكي، وذلك بعد أن أصيبت بكسر في عظم كاحلها بسبب سقوطها لدى تعثرها في طفل عمره سنتان كان يجري في داخل متجر للأثاث المنزلي، وسبب ذلك الحكم صدمة شديدة لمالكي المتجر، ذلك أن الطفل لم يكن سوى ابن المدعية كاثيلن روبرتسون!!

- أصدرت محكمة في مدينة لوس أنجلس حكماً لصالح كارل ترومان (١٩ عاماً) وهو الحكم الذي ألزم جارته بدفع تعويض مالي مقداره أربعة وسبعون ألف دولار أمريكي، إضافة إلى تكاليف علاجه، وذلك بعد أن دهست إحدى يديه بإطار سيارتها عندما كان منهمكاً آنذاك في محاولة سرقة إطارات سيارة جارته التي كانت جالسة خلف مقود السيارة دون أن يلاحظها

أو تلاحظه، وكانت تستعد للذهاب إلى عملها فكانت النتيجة أنها دهست يده دون أن تنتبه إلى وجوده أصلاً!!

- بعد أن انتهى اللص ديكسون من سرقة بعض محتويات أحد المنازل في مدينة بريستول، حاول أن يخرج عن طريق المرآب (الكراج) إلا أنه لم يستطع لأن عطلاً مفاجئاً أصاب جهاز التشغيل الآلي الخاص بباب الكراج، ولم يستطع اللص أن يعود أدراجه إلى داخل المنزل لأنه كان قد أقفل الباب الذي يفصل بين المنزل وموقف السيارة الداخلي، ولأن أصحاب المنزل كانوا مسافرين في إجازة لمدة عشرة أيام، فإن ذلك اللص بقي محبوساً في داخل ذلك المكان لمدة ثمانية أيام متتالية، عاش خلالها على بعض المشروبات الغازية، وطعام كلاب جاف كان مخزناً هناك، وبعد خروجه من السجن الذي أوقع نفسه فيه بسبب جريمة السرقة، رفع ديكسون دعوى قضائية ضد شركة التأمين المسؤولة عن ذلك المنزل حيث طالب فيها بتعويضه عن الآلام والأضرار النفسية التي لحقت به بسبب العطل المفاجئ الذي أصاب جهاز تشغيل باب الكراج الآلي، والمدهش في الأمر هو أن المحكمة التي نظرت تلك الدعوى استجابت لمطالب اللص وأصدرت حكماً يلزم شركة التأمين بدفع نصف مليون دولار أمريكي لديكسون على سبيل التعويض! [1].

وفي عام ٢٠٠٩ نشر أستاذ القانون "Gary Slapper" كتابه عن أغرب القضايا التي نظرتها محاكم شتى في العالم وعنوانه (The world's weirdest cases) نشرت صحيفة التايمز البريطانية

(١) كل هذه القضايا وغيرها كثير منشور على موقع http://www.stellaawards.com

الكتاب على حلقات[1] وهنا أورد بعض القضايا التي أوردها .غاري سـليبر في كتابه ولاحظ إيها القارىء المفـضال كيـف أصـبحت المحـاكم والقـضاء والقانون قبل ذلك كائناً مادياً وحشياً لا غرض منه سوى الحصول على المال والمال فقط، من القضايا التي أوردها غاري سليبر في كتابه القـضية الأتيـة وملخصها :

In 2006،a young man from Jiaxing،near Shanghai،found himself in legal trouble after failing to take advice before putting his soul up for sale on an online auction site. The posting was eventually removed by the auctioneer and the seller was told that the advert would be reinstated only if he could produce written permission to sell his soul from "a higher authority".

شاب صيني وجد نفسه في مشكلة قانونية بعد أن فشل في اخذ المشورة قبل ان يضع اعلانا لبـيع روحه عبر الأنترنت وفي نهاية المطاف أزال الأعلان واخبر صاحب موقع المزاد أنه لايمكن له أن يبـيع روحه إلا بأذن كتابـي من سلطة عليا وقضية اخرى ملخصها

In 2005،Pavel M.،a Romanian prisoner serving 20 years for murder،sued God،founding his claim in contract. He argued that his baptism was an agreement between him and God

(١) الكتـاب منـشور علـى موقـع صـحيفة التـايمز اللندنيـة علـى الأنترنـت http://business.timesonline.co.uk/tol/business/law/article2741049.ece

under which، in exchange for value such as prayer، God would keep him out of trouble.

سجين في رومانيا قضى ٢٠ عاماً في السجن عن جريمة قتل أرتكبهـا أقام دعوى على الرب أمام المحكمة مدعياً أن تعميده في الكنيسـة كـان يعني أتفاقاً بـينه وبـين الرب مقتضاه أن الـرب سـيحميه مـن الوقـوع في المتاعب إذا قام بأفعال لها قيمة كالصلاة مثلاً .

وقضية أخرى ملخصها

In 2004، Timothy Dumouchel، from Fond du Lac، Wisconsin sued a television company for making his wife fat and transforming his children into "lazy channel surfers". He said: "I believe the reason I smoke and drink every day and my wife is overweight is because we watched the TV everyday for the last four years". The case kept at least two of America's then 1،058،662 lawyers occupied for a while، but did not go to the Supreme Court.

تيموثي أقام دعوى على شركات التلفزيون بتهمة إنها تسببت في جعل زوجته سمينة وتحويل أبنائه إلى متصفحي قنوات كسولين . وقال : أعتقد أن السبب في أني أدخن وأشرب يومياً وأن زوجتي أصبحت سمينة هو أننا قـد جلسنا لمشاهدة التلفزيون كل يوم في الأربع سنوات الأخيرة.

وفي قضية اخرى ملخصها

Concerned that too much bad news was affecting the "health and life of the people"، politicians in Romania attempted to pass a law requiring radio and television media to

broadcast at least one positive news story for every gloomy one. The country's Constitutional Court upheld a challenge to the new law، noting: "News is news. It is neither positive nor negative. It simply reflects reality." The good news legislation was doomed to fail anyway،as it would likely have violated European Union human rights laws guaranteeing freedom of expression.

بعض السياسيين في رومانيا حاولوا تمرير قانون يلزم وسائل الإعلام ببث خبر واحد جيد على الأقل في نشرة الأخبار أستناداً الى ان الكثير من الاخبار السيئة مؤثرة على حياة وصحة الناس ولكن المحكمة الدستورية رفضت هذا القانون وقالت ان الأخبار هي اخبار ليست سيئة ولا جيدة وهي ليست اكثر من أنعكاس للواقع وهكذا فشل قانون الأخبار الجيدة .

المبحث الثالث

القضاء بين "بسم الله" و "بسم الشعب"

اعتادت المحاكم أن تصدر قراراتها مبدوءةً بعبارة " بسم الشعب " أو "بسم الامة" وهذه العبارة تأتي تنفيذاً لنصوص دستورية تحويها دساتير اغلب دول العالم ومنه الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ حيث تنص المادة ١٢٨ منه : " تصدر القوانين والأحكام القضائية باسم الشعب ."وكذلك ينص

قانون المرافعات المدنية العراقي [1] في المادة ١٥٤ منه على ان : تصدر الأحكام باسم الشعب.

ولكن لماذا يكون القرار مصدراً بعبارة بسم الشعب ولماذا لا يصدر بعبارة بسم الله ؟ يجيب فقهاء القانون الدستوري عن ذلك بقولهم لان مصدر السلطات هو الشعب وهذا يعني ان تخويل القاضي للحكم بين الناس جاء من الشعب، وحقيقة هذه الفكرة أي ان الشعب هو مصدر السلطات ظهرت تاريخياً ضمن ما يسميه علماء القانون الدستوري ب" عهد النظريات العقدية " في تفسير فكرة شرعية السلطة التي نادى بها جان لوك وروسو وهوبز وتقوم هذه النظريات جميعها رغم الأختلاف في تفصيلاتها على فكرة واحدة وهي تبرير سلطة الحكام على اساس عقد أو أتفاق يختلف أطرافه باختلاف وجهة نظر كل مفكر وموقفه من السلطة المطلقة وما يمنحه هذا العقد من سلطان مطلق أو مقيد للحكام [2] وكانت هذه النظريات هي الاساس الذي بنيت عليه النظريات الديمقراطية فيما بعد والتي قيل ان معناها هو حكم الشعب وانقسمت هذه النظريات الديمقراطية بدورها الى مدرستين الاولى :تقوم على اساس ان الشعب هو مصدر السلطات ومفادها ان السلطة انما تكون للشعب بسائر افراده فاذا كان عدد الشعب مليون انسان انقسمت السلطة الى مليون جزء، والثانية : تقوم على جعل الامة مصدر للسلطة وليس الشعب ومضمونها ان السلطة واحدة لا تقبل الانقسام

---

(١) منشور في الوقائع العراقية، العدد ٧٤ ٢ ، سنة ١٩٦٩، ص٤٧٧.

(٢) محسن خليل، الوجيز في الانظمة السياسية، الفتح للطباعة والنشر، الاسكندرية، ١٩٩٥، ص ١٨.

ويعترف بها للامة ككل لا يتجزأ بتعدد افرادها[1]، وقد أخذت الكثير من دساتير دول الشرق الإسلامي بالمدرسة الأولى التي مضمونها أن الشعب هو مصدر السلطات ومنها الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ حيث نص في المادة ٥ منه على أن: "الشعب مصدر السلطات وشرعيتها يمارسها عبر الاقتراع السري العام المباشر وعبر مؤسساته الدستورية" وكذلك الدستور المصري الحالي لعام ١٩٧١ الذي نص في مادته الثالثة : "السيادة للشعب وحده وهو مصدر السلطات ويمارس الشعب هذه السيادة ويحميها ويصون الوحدة الوطنية على الوجه المبين في الدستور . " وأقر هذا المبدأ أيضاً الدستور اللبناني لعام ١٩٩٠ حيث نصت الفقرة د من مقدمة الدستور على أن "الشعب مصدر السلطات وصاحب السيادة يمارسها عبر مؤسساته الدستورية" كذلك نص دستور الجزائر لعام ١٩٧٦ في مادته الخامسة على أن : "السيادة الوطنية ملك الشعب يمارسها عن طريق الاستفتاء أو بواسطة ممثليه المنتخبين" بينما أخذت دول اخرى بالمدرسة الثانية وهي مدرسة سيادة الأمة ومنها دستور الأردن لعام ١٩٥٢ الذي نص في المادة ٢٤ على ان "الأمة مصدر السلطات وتمارس الأمة سلطاتها على الوجه المبين في الدستور" كذلك نص دستور الكويت لعام ١٩٦٢ في المادة ٦ منه على ان : "السيادة للأمة مصدر السلطات جميعاً" . أن ظهور نظرية " الشعب مصدر السلطات "جاء رداً على النظريات الثيوقراطية في الحكم التي تجعل من الحاكم إلهاً أو نائباً عن الإله أو نائباً عن قوة غيبية غير مرئية وكانت هذه النظريات سائدة في اوربا في القرنين السادس عشر والسابع عشر لتبرير

---

(١) محمد رفعت عبدالوهاب، مبادىء النظم السياسية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، ٢٠٠٢ ص٩٦.

سلطة الملوك المطلقة [1] ووفقاً لمنطق هذه النظرية فان الحاكم لاتجوز معارضته والخروج عليه بل تجب طاعته حتى لا تصيبهم لعنة السماء واستمرت هذه الفكرة موجودة في اليابان حتى سنة ١٩٤٧وادعاها الجنرال فرانكو في اسبانيا في اربعينيات القرن المنصرم وكان يقول : " ان الله ذاته هو الذي اخذ بيد الجنرال فرانكو حتى حقق النصر " . ولا تزال هذه الافكار في ان الحاكم يبرر اعماله بان الله امره بها تطل برأسها بين حين واخر واخرها ما قاله الرئيس الامريكي السابق جورج بوش : "الرب امرني بغزو العراق God told me to invade Iraq " [2]

اما من حيث دساتير الدول فلم تعد للافكار الثيوقراطية من وجود سوى ما نجده في الدستور الإيراني الذي تنص المادة ٥ منه : " في زمن غيبة الإمام المهدي (عجَّل الله تعالى فرجه) تكون ولاية الأمر وإمامة الأمة في الجمهورية الإسلامية الإيرانية بيد الفقيه العادل، المتقي، البصير بأمور

---

(١) ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة، القاهرة، ١٩٧٥، ص ١٢٥ .

(٢) ورد هذا القول في سياق برنامج بثته محطة بي بي سي التلفزيونية القناة الثانية بعنوان: *Elusive Peace* حيث قال أحد المسؤلين الذين ظهروا في البرنامج انه التقى الرئيس الأمريكي في البيت الأبيض وقال له بالحرف : 'I'm driven with a mission from God. God would tell me،"George،go and fight those terrorists in Afghanistan." And I did،and then God would tell me،"George،go and end the tyranny in Iraq ..." And I did. And now،again،I feel God's words coming to me،"Go get the Palestinians their state and get the Israelis their security،and get peace in the Middle East." And by God I'm gonna do it.'

وتسجيل حلقات البرنامج موجود في أرشيف قناة بي بي سي على الموقع
http://www.bbc.co.uk/pressoffice/pressreleases/stories/2005/10_october/06/bush.shtm

العصر، الشجاع القادر على الإدارة والتدبير وذلك وفقاً للمادة ١٠٧" والولي الفقيه هو السلطة العليا فوق السلطات فهو فوق السلطة التشريعية وفوق السلطة التنفيذية وفوق السلطة القضائية كما نصت على ذلك المادة ٥٧: " السلطات الحاكمة في الجمهورية الإسلامية الإيرانية هي: السلطة التشريعية، والسلطة التنفيذية، والسلطة القضائية، وتمارس صلاحياتها بإشراف ولي الأمر المطلق وأمام الأمة"

ان النص في الدساتير على ان الشعب هو مصدر السطات قد يبدو أمراً مفهوماً في دول لا تنص في دساتيرها على ان الاسلام هو دين الدولة وان القوانين الصادرة في البلد يجب ان لاتتعارض مع الشريعة الاسلامية كما نص على ذلك الدستور العراقي في المادة الثانية بقوله :

أولاً : - الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس للتشريع :

أ- لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام .

وهذا ولد تعارضاً صارخاً بين النصوص الدستورية فمن ثوابت احكام الاسلام ان مصدر السلطات هو الله، فإن القرآن الكريم والسنّة هما المصدران الأساسيان الدائمان لكل تشريع في الإسلام، وينبغي على كل التشريعات والنظم والأوامر أن تتفق معهما. ويفهم كل ما صدر عن أجهزة أو مجالس تشريعية في الدولة الإسلامية ليصدر منها الرأي، أو القانون العادي الذي يتفق مع الكتاب والسنّة من اجتهادات فهي لمصلحة الأمة الإسلامية وسعادتها وهكذا فان مصدر السيادة في الاسلام هو التشريع المأخوذ من مصادره المتعددة والمعتبرة عند علماء الأصول ومن الطبيعي أن السيادة لابد لها من اشخاص يمثلونها وهؤلاء هم أهل الحل والعقد وهؤلاء يعتبرون

نوابا عن الامة كلها [1]. "على أنه ليس يوجد في حضارة الإسلام كهان وطبقة " أكليروس " ينفردون بالسلطة أو يشتركون فيها . فالناس فيها سواسية كأسنان المشط . كل يعمل في مجال مهنته وحقل أختصاصه . ثم التفاضل إنما هو بالعلم النافع والعمل الصالح والتقوى في أداء مهام الحياة للدنيا وللأخرة . وما من حضارة ؟ حضارة الإسلام بنيت على الردع والرفض والمقت لسجايا فرعون وقارون . وهذا أصل توزع الأعمال في حضارة الإسلام. وقد أحسن إيجازه شاعر من أبناء هذه الحضارة إذ قال :

الناس للناس من بدو ومن حضر   بعض لبعض وإن لم يشعروا خدم"[2]

وبالنسبة للدساتير التي سبق وذكرناها في انها تعتبر الاسلام الدين الرسمي وان التشريعات فيها يجب ان لاتخالف ثوابت الاسلام فإما ان يوجب المشرع في الدستور أن تصدر القوانين وتصدر الأحكام القضائية ب "بسم الله الرحمن الرحيم" وإما ان يرفع من الدستور المواد التي تنص على ان التشريعات والقوانين يجب ان لا تخالف ثوابت الإسلام ففي هذه المواد نفاق واضح، ثم أن على القاضي وهو يباشر اعماله في بلد غالبية سكانه من المسلمين ومن باب التوفيق وإصابة البركة أن يبدأ قراره القضائي ببسم الله الرحمن الرحيم، وليت قضاة اليوم يراجعون قرارات أسلافهم من القضاة وينظروا لروعة صياغة القرار وإليك إيها القارىء المفضال وإليك إيها القاضي المنصف أمثلة ونماذج من قرارات وأحكام قضائية صدرت في الزمن الجميل، القاضي فيضي زاده السيد مصطفى افندي عين للقضاء في بغداد

---

(١) محمد يوسف موسى، نظام الحكم في الاسلام، دار الفكر العربي، القاهرة، ص ١٠٤ .

(٢) الدكتور عبدالله مصطفى، معالم الطريق في عمل الروح الإسلامي، الطبعة الأولى، عمان، ١٩٩٣، ص ص ٢٢١ - ٢٢٢

سنة ١٧٩٩ وعند مباشرته لوظيفته فتح السجل المرقم ١ وكتب بخط يده في أول صحيفة منه : بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله الذي أحكم الشرع الشريف بالقلم وجعل نظام العالم بكتب الصكوك والسجلات بين الأمم والصلاة والسلام على من بعث رحمة بالعلوم والحكم وعلى آله وأصحابه الذين مهدوا جرائد شرائع الدين العظيم بين العرب والعجم وبعد فقد وقع الأبتداء والتحرير باستعانة الملك القدير في هذه المجلدة التي يكتب بها صور الوثائق والصكوك لمساس الحاجة اليه الى صيانة الأموال وقطع المنازعات . وأنا الفقير اليه تعالى فيضي زاده السيد مصطفى القاضي بمدينة بغداد حرر في ١٤ جمادي الأخرة سنة ١٢١٤ هجرية – ١٧٩٩ ميلادية.[١] القاضي السيد عمر فهمي عين للقضاء في بغداد سنة ١٨٨٣ حضر اليه في محكمة شرعية بغداد العلامة السيد نعمان خير الدين مدرس المدرسة المرجانية بن العلامة شهاب الدين السيد محمود الآلوسي مفتي بغداد فوقف كتبه في جامع مرجان فكتب القاضي السيد عمر فهمي: بسم الله الرحمن الرحيم، حكمت بصحة الوقف ولزومه بخصوصه وعمومه عالماً بالخلاف الجاري بين الأئمة الاسلاف وأنا عمر فهمي القاضي بمدينة بغداد عفي عنه السجل ٣٧٨ وعدد ٩١ وصحيفة ٤٤، وأصدر القاضي السيد عمر فهمي حجة شرعية في ١٢ شعبان ١٣٠٤ هجرية – ١٨٨٦ميلادية تتضمن توجيه جهة الإمامة في جامع الشيخ معروف الكرخي المشروطة من قبل الوزير داود باشا والي بغداد الى الحاج نعمان أفندي بن السيد محمود أفندي

---

(١) ابراهيم عبد الغني الدروبي، قضاة بغداد، الجزء الثاني، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ٢٠٠١، ص٢١٢.

الآلوسي براتب قدره أربعون قرشاً في الشهر بموجب الحجة الـشرعية المرقمـة بعدد ٩١ وسجل ٣٥٣ بحضور محاسب الأوقاف محمد نوري أفندي ."[1]

بل زيادة على ذلك أختار بعض القضاة اختاماً لهم تتـضمن عبـارات فيها أدعية لطلب التوفيق أو تعظيم وتوقير نبـينا العظيم عليه أفضل صلاة وأتم تسليم، جاء في ترجمة القاضي السيد ابراهيم افندي : عين لقضاء بغداد سنة ١٧٦٦ميلادية كان ختمه على العرائض والـصكوك والحجـج " يـارب سهل امور ابراهيم " [2]، وجاء في ترجمة القاضي السيد احمد افندي : عـين لقضاء بغداد سنة ١٧٦١كان ختمه على العرائض والصكوك والحجج " طـه المصطفى احمد " [3]

---

(١) المصدر نفسه، ص٣٢٩.

(٢) المصدر نفسه، ص١٨٥.

(٣) المصدر نفسه، ص١٨٣.

المبحث الرابع : معيار الامم المتحضرة

من مصادر القانون الدولي، مصدر حديث نسبياً نصت عليه المادة ٣٨ من النظام الاساسي للمحكمة الدولية وهذا المصدر هو " المبادىء القانونية التي اقرتها الأمم المتحضرة" وقيل في تعريف هذه المبادىء أنها: مبادىء مشتركة في الأنظمة القانونية لعدد من الدول المتحضرة [١]، ولكن ما هو المقصود بالأمم المتحضرة ؟ قبل أن نبين مايقصده فقهاء القانون الدولي الغربيين من مصطلح الأمة المتحضرة نسوق هنا ما قالوه في تبرير هذا الشرط، فقد قالوا ان المجتمع الدولي يتكون من أشخاص ليسو بدرجة واحدة من التقدم الحضاري ولا بمستوى واحد . بل يحصل التمييز من مكان الى آخر في عدة وجوه ولعوامل عديدة فلكي ينال هذا المصدر قبولاً عاماً كان منطقياً اقترانه بهذا الشرط اذ من غير المعقول ان تطبق مبادىء تقرها مجتمعات الدول المتخلفة على الدول التي تفوقها في المستوى الحضاري، فإن مبادىء الأمم المتحدة يجيب أن تعني مبادىء الدول المستقلة التي بلغت درجة من الرقي والتقدم السياسي والنضج الحضاري والقانوني، فمصطلح " الأمم المتحدة " يجب أن يفهم بأنه " الأمم المتحضرة المتحدة " [٢] .

نعود الى المقصود ب " الأمم المتحضرة "، فهم فقهاء وقضاة القانون الدولي الغربيين هذا المصطلح على أن كل ماسوى مبادىء حضارتهم الغربية يعد همجياً وحشياً لا يصلح ان يكون مصدراً للقانون الدولي

---

(١) السير آرثر لارسن، القانون الدولي، ترجمة أحمد عبد الرحمن حموده، القاهرة، ص ص ٥٩-٧١.

(٢) المصدر نفسه، ص٧٢.

وتطبيقات التحكيم والقضاء الدولي تبين هذه الحقيقة بوضوح، في عام ١٩٥١ نشأ نزاع قانوني بين شيخ أبو ظبي وبين أحدى شركات البترول الأجنبية حول عقد مبرم بينهما في أبوظبي، الشركة الأجنبية كانت تريد أن يطبق قانون دولتها على العقد وشيخ أبوظبي أراد أن يطبق قانون الإمارة على العقد وقد عرض هذا النزاع القانوني على المحكم الدولي البريطاني اللورد أسكوث asquith لتحديد القانون المناسب لحكم العقد بينهما فجاء في قرار اللورد أسكوث ما يأتي: "ان هذا العقد وقع في أبوظبي وطبق فيها كلياً فاذا كان هناك تطبيق لأي نظام قانوني فأنه من باب أولى أن يكون قانون أبو ظبي، ولكن من غير المعقول القول بوجود مثل هذا القانون، فالحاكم – شيخ أبوظبي – يطبق مبادىء مأخوذة من القرأن كتاب المسلمين المقدس، ومن الوهم إفتراض وجود أي مبدأ قانوني قابل للتطبيق في ذلك الدين البدائي المتخلف على مسألة في وثيقة تجارية حديثة كالتي بين أيدينا وهي محل النزاع"[1] . هذا ما يعنونه بمصطلح الأمم المتحضرة .

(١) الحكم منشور في المجلة الأمريكية للقانون الدولي، ج ٦٠، سنة ١٩٦٦، ص ٣٨-٤٠.

الفصل الرابع
حضور الروح في القانون

في هذا الفصل نطوف على زوايا جميلة في القانون والقضاء والأفتاء حيث الروح حاضرة فيها بعيداً عن الظلم وبعيداً عن الحرفية الجامدة وأنسجاماً مع ما حكم به خالق الإنسان جل جلاله وعم نواله . في الفصل قصص من واقع الحياة يجمعها التشبع بروح الرحمة والانصاف والفصل قسمناه لمباحث .

المبحث الأول
مجلة الاحكام العدلية روح القانون المغيبة

بدأت الدولة العثمانية بتطبيق الشريعة الإسلامية و أحكام الحقوق الإسلامية منذ تأسيسها و أول الموظفين تعيناً هم القضاة و المفتشين المكلفين بتطبيق الشريعة الإسلامية و قرارات القاضي، و كانت كتب الفقه الإسلامي المرجع الوحيد للمحاكم الحقوقية الشرعية في الدولة و خاصة كتاب الغرر شرح الدرر لملا خسرو ت ٨٨٥ هـ و كتاب ملتقى الأبحر للإمام إبراهيم الحلبي و شرحه مجمع الأنهر للشيخ عبد الرحمن أفندي و قد عد كتابه مرجع حقوقي رسمي (دستور) للدولة، صدر بذلك الفرمان السلطاني عام ١٦٤٨ م و الفرمان عام ١٦٨٧ م و كانت هذه المحاكم تستخدم قوة

القضاء بمفردها و بشكل مستقل عن الدولة، استمرت على ما هي عليه في الاستقلالية و المرجعية الشرعية حتى ظهور العلاقات القوية بالحياة الحقوقية و الاقتصادية الأوروبـية حيث بدأت معها حركة التقنين بدأها السلطان سليم الثالث و استمر بها السلطان محمود الثاني و تم تقديم ثمارها بإعلان و صدور الخط الهمايوني للسلطان (إعلان قوانين التنظيمـات الجديـدة) في حديقـة الورد باستنبول يوم الأحد ١٦ شعبان ١٢٥٥هـ / ١٨٣٩ م و ذلك في عهد السلطان عبد المجيد.

بدأت الثنائية في الحقوق العثمانية بعد إعلان هذه التنظيمـات يرجـع ذلك إلى خروج أولي الأمر عن الصلاحية التشريعية التي منحها لهم الفقه الإسلامي و ظهر التفريق في الموضوعات الحقوقية ذات المرجعية الدينيـة أو القومية أو ذات المنشأ الأوروبـي.

عام ١٢٨٤ هـ تم تأسيس مجموعة من المحاكم الإدارية و العدلية خارج المحاكم الشرعية و بهذا تكون المحاكم الشرعية قد سـلبت مـن القـضاء الإداري تماماً.

كذلك لا ننسى ضغط كل من إنجلترا و النمسا و فرنسا و روسيا علـى الدولة من أجل تأسيس محاكم غير شرعية لـذا قامـت بعـض الشخـصيات أمثال علي باشا بالتحرك لعمل شيء تجاه هذه الضغوط فطالـب باقتبـاس القانون المدني الفرنسي و تطبـيقه في المحاكم العثمانية لكـن تـصدى لـه أحمد جودت باشا و شيرواني زاده و رشدي باشا فسعوا لفرض و تدوين قانون يناسب الشريعة الإسلامية نتيجة لذلك أسست هيئة حكومية يشارك فيها بعض النواب بقصد ترجيح إحدى هذه الأفكار، فاستمعت للطـرفين و نظـراً للدفاع الشديد الذي أبداه أحمد جودت باشا تم التراجع عـن فكـرة اقتبـاس

القانون الفرنسي و تم قبول أفكار أحمد جودت باشا و مؤيده فشكل هيئة علمية مؤلفة من فحول الفقهاء في دائرة ديوان الأحكام العدلية و قررت هذه الجمعية تشكيل مجلة الأحكام العدلية و هي عبارة عن مواد و قوانين شرعية تمثل القانون المدني العثماني جمعت من الأحكام الشرعية الموجودة في كتب الفقه الإسلامية.

صرفت لجنة المجلة سبع سنوات لإنجاز عملها فكان بدء العمل سنة ١٢٨٦ هـ و انتهى سنة ١٢٩٣ م فكان ثمرة هذه الجهود المدونة الفقهية التي سميت مجلة الأحكام العدلية منتقاة موادها من قسم المعاملات من مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان رحمه الله تعالى و قامت اللجنة بترتيب مباحث المجلة على الكتب و الأبواب الفقهية المعهودة لكنها صاغتها على هيئة مواد متسلسلة ذات أرقام كالقوانين الحديثة فجاء مجموع موادها ١٨٥١ مادة.

استبعدت المجلة من نصوصها أحكام العبادات و الأحوال الشخصية التي استقلت بقانون خاص و كذلك أحكام العقوبات لاستقلالها كذلك بقانون خاص (قانون الجزاء العثماني) فجاءت المجلة كموسوعة فقهية مختصة في أحكام المعاملات تناولت البيوع ـ الإجارة ـ الكفالة ـ الحوالة ـ الرهن ـ الأمانات ـ الهبة ـ الغصب ـ الإتلاف ـ الحجر و الإكراه و الشفعة ـ الشركات ـ الوكالة ـ الصلح ـ البراء ـ الإقرار ـ الدعوى ـ البينات ـ القضاء.

خصصت ٢٠٠ مادة من موادها تحت اسم القواعد الفقهية و للمجلة العديد من المزايا و الخصائص لا مجال لذكرها هنا.

لا بد أن نذكر أن هناك حركات مشابهة لحركة المجلة العدلية منها حركة محمد قدري باشا في مصر، مجلة الالتزامات و العقود بتونس، مجلة الأحكام العدلية الشرعية في مكة المكرمة و غيرها.

طبقت المجلة في عدد من الدول و بنفس السنة: بمصر ـ الحجاز ـ العراق ـ سورية ـ قبرص ـ فلسطين ـ ألبانيا ـ البوسنة و الهرسك و عند تأسيس الإمارة البلغارية قام البلغار بترجمتها إلى لغتهم و اتخذوها أساساً لقانونهم كذلك ترجمت للفرنسية و اليونانية و الإنكليزية و استمر الإنكليز بتطبيقها في قبرص بعد احتلالهم لها و لا تزال المجلة تشكل الأساس الرئيسي للحقوق المدنية في قبرص إلى يومنا هذا.

كذلك طبقت في فلسطين عام ١٩٢٢ حيث احتل الإنكليز المنطقة و مع هذا لم يلغوا أحكام المجلة بل استمروا بتطبيقها و كذلك الإسرائيليون لم يبطلوا عملها حتى جاء في كتاب الحقوق في إسرائيل ما نصه: (يجب على الحقوقيين الإسرائيليين اليوم معرفة نظام الحقوق العثمانية و خاصة المجلة) . وجاء في كتاب " Guide to the Israeli Legal System " الذي كتبه Ruth Levush [1] : " Mainly Hanafi law is officially applied (due to Ottoman heritage) in israel"[2]

---

(١) منشور على الموقع الالكتروني القانوني الذي انشئته مكتبة الكونغرس الأمريكي http://www.loc.gov/law/help/guide.php

(٢) للمزيد من التفاصيل عن النظام القانوني في اسرائيل راجع البوابة القانونية الألكترونية الاسرائيلية على الانترنت www.nevo.co.il في هذا الموقع حقوق النشر الحصرية للقوانين الاسرائيلية وملخصات لقرارات المحاكم الاسرائيلية

و من الجدير بالاهتمام أن قوانين مجلة الأحكام العدلية تعتبر القانون الثاني بعد القانون المدني الفرنسي في فرنسا حالياً.

تم العمل بالمجلة التي هي آخر قانون مدني في تاريخ الحقوق الإسلامية حتى انهيار الدولة العثمانية فطبقت بجميع البلاد الخاضعة للدولة ما عدا الجزائر التي احتلتها فرنسا ١٨٣٠ م ثم ألغيت بعد ذلك تباعاً فتخلت عنها أولاً تركيا البلد التي أصدرتها فاتخذت لنفسها قانوناً مدنياً مقتبساً من القانون السويسري عام ١٩٢٤ م.

بقيت المجلة مطبقة في لبنان حتى عام ١٩٤٧ م و في سورية حتى ١٩٤٩ م و في العراق حتى ١٩٥٢ و في الأردن حتى 1976 م و في الكويت حتى ١٩٨١ م و في هذه التواريخ ودّعت هذه البلاد و أمتنا آخر صلتها القانونية و التشريعية بالإسلام و أصبحت تحتكم إلى قوانين أجنبية غريبة عنها و عن دينها الحنيف[١].

من أهم ملامح مجلة الأحكام العدلية العثمانية :

- المجلة بوجه عام تأخذ بكتب ظاهر الرواية عند الأحناف، وفي حالة اختلاف الأقوال وتعددها في مذهب الحنفية تختار المجلة ما يوافق حاجات العصر والظروف القائمة.

- لم تحو المجلة إلا الأحكام الفقهية المتعلقة بالمعاملات المدنية، فلم تبحث المجلة في الأحوال الشخصية من زواج وطلاق ونفقة وما أشبهها، كما لم تبحث في أحكام الإرث والوصية والمفقود والوقف.

---

(١) الدكتور شامل شاهين مدير مركز مرمرة للبحوث و الدراسات العلمية بتركيا، دراسة موجزة عن مجلة الأحكام العدلية / مقدمة مشروع و ببلوغرافية شاملة، طبعة دار غار حراء / دمشق

- تجلى في المجلة التمييز والتفريق في تأليف الفقه بين أسلوب المصادر العلمية أو التعليمية، وأسلوب المراجع القضائية من حيث الترتيب، والترقيم، وتسهيل العبارة، والاقتصار على قول واحد يعمل به في كل مسألة، دون ذكر اختلافات الفقهاء، فهذا من مقتضى الصياغة القانونية التي تشتمل على الأحكام الواجب تطبيقها فقط.

- صدرت بتقرير لائحة الأسباب الموجبة، أي المذكرة الإيضاحية، ثم قدمت بمقدمة اشتملت على تعريف علم الفقه وتقسيمه، وتسع وتسعين قاعدة فقهية كلية، تعتبر كل واحدة منها أصلاً فقهياً تدور عليه أحكام كثيرة.

- رتبت أبواب المعاملات فيها على شكل كتب، لكل باب منها كتاب خاص، وفي مقدمة كل باب منها تكون الاصطلاحات الفقهية المتعلقة به، وقد فصلت الأحكام في مواد ذات أرقام متسلسلة كالقوانين، ليسهل الرجوع إليها، والإحالة عليها.

- موضوعات المجلة تحتوي على «1851» مادة موزعة على «19»كتاباً، كل كتاب منها ينقسم إلى أبواب، والأبواب إلى فصول، وكل فصل إلى مواد، والمواد تتسلسل أرقامها من أول المجلة إلى آخرها، اتباعاً للنمط الحديث في التقنين.

- من شروح المجلة:

- أول من شرح المجلة حديثاً، الأستاذ : محمد سعيد مراد الغزي، وسماه كتاب » الأدلة الأصولية شرح مجلة الأحكام العدلية« ، وهو شرح وجيز.

- أكبر شروح المجلة لعلي حيدر، الرئيس الأول لمحكمة التمييز العثمانية، وأسماه » درر الحكام شرح مجلة الأحكام. «

- شرح مفتي قيصري السابق مسعود أفندي، المسمى » مرآة مجلة الأحكام العدلية. «

- شرح مفتي حمص الأسبق محمد خالد الأتاسي، ومات قبل إتمامه، فأتمه ونشره ولده المفتي السابق محمد طاهر الأتاسي، وشروح غيرها كثيرة

رفض الخديوي إسماعيل الأخذ بقانون مجلة الأحكام العدلية، فاتجه إلى قانون نابليون، بحجة أن كتب الفقه الإسلامي بوضعها الحالي لا يمكن التقنين منها، فأحدث ذلك ضجة في الرأي العام، وظهر من رأى إمكانية التقنين في الفقه الإسلامي، فقام الفقيه محمد قدري باشا بعمل مجموعة من القوانين أخذها من المذهب الحنفي، مسترشداً في عمله بمجلة الأحكام العدلية، وجعل ما جمعه في ثلاثة كتب:

- خاص بالمعاملات، وسماه » مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان. «

- خاص بأحكام الأحوال الشخصية، وسماه » الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية« ، وتكلم فيه عن الهبة، والحجر، والإيصاء، والميراث.

- خاص بالوقف، وسماه » العدل والإنصاف في أحكام الأوقاف. «

ويرى البعض أن عمله هذا كان في بدايته بتفويض من الحكومة المصرية " لامتصاص النقمة التي أثارها تحكيم قانون نابليون في رقاب المسلمين، فعهد إلى محمد قدري تدوين كتاب الأحكام الشرعية ليُهدّىء من روع الناس

إلى حين . ولقد ترجم بعض الفضلاء مجلة الأحكام العدلية العثمانية الى اللغة الأنكليزية والترجمة منشورة على أحد مواقع الأنترنت [1].

وفي عهد الدولة السعودية والملك عبد العزيز أُلّفت مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، للعلامة الشيخ أحمد بن عبد الله القادري (١٣٠٩ ـ ١٣٥٩هـ)رئيس المحكمة الشرعية الكبرى بمكة المكرمة سابقا، وقد اقتصر فيها على المذهب الحنبلي من خلال كتبه المعتمدة، واحتوت المجلة على ٢٣٨٢ مادة وقد نسج القادري كتابه هذا على منوال مجلة الأحكام العدلية العثمانية واعتمدت المجلة على المصادر التالية من الفقه الحنبلي :

- المغني، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي .
- الشرح الكبير، لشمس الدين عبد الرحمن بن أبي عمر بن قدامة المقدسي.
- الفروع، لشمس الدين أبي عبد الله بن مفلح.
- شرح منتهى الإرادات، لمنصور بن يونس البهوتي.
- القواعد الفقهية، للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي.

وتضم المجلة واحداً وعشرين كتاباً، كل كتاب يندرج تحته عدد من الأبواب، وتحت كل باب عدد من الفصول، وتضم كتب المجلة بما تحتويه من أبواب وفصول (2382) مادة فقهية، وقد قام الأستاذان : الدكتور عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، والدكتور محمد إبراهيم أحمد علي، بتحقيقها

(١) http://www.majalla.org/books/ottomanCode/index.htm

وترتيبها وتنسيقها، وطبعت بعنوان » كتاب مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل الشيباني. «

- <u>أهم خصائص مجلة الأحكام الشرعية:</u>

- استمداد موادها من المصادر الفقهية المعتمدة عند الحنابلة، ومحاولة المؤلف وضعها في نصها الأصلي في مصادرها إن أمكن، ما دامت موفية بالغرض.

- استطاع المؤلف في كثير من المواد إحكام صياغتها، وحبك عباراتها، في صورة يمكن اعتبارها قاعدة وقانوناً فاصلاً في الموضوع، كما جمع المؤلف أحكام المسائل الفقهية، ودونها تحت أبوابها الأصلية، لتنتظم مع مجموعتها من المسائل والأحكام.

- استحدث المؤلف أبواباً وفصولاً تحت عناوين جديدة، لم يُهتم لها في كثير من الكتب الفقهية، والمجلة صياغة جديدة لجزء هام من الفقه الإسلامي، تقتضيها مصلحة العصر الحاضر، كما لم تخل من بعض الترجيحات.

- أورد المؤلف القواعد الفقهية في هذه المجلة مختصرة من قواعد ابن رجب الحنبلي، كما جاءت في الأصل، وقد بلغت هذه القواعد 160 قاعدة. ولكن هذه المجلة الحنبلية قوبلت بالرفض الشديد من علماء السعودية ولم يتح لها مجال التطبيق العملي كما هو الحال في مجلة الأحكام العدلية العثمانية وكانت حجتهم في رفضها إن هذه المجلة تعتبر تقنيناً للشريعة الإسلامية والتقنين من البدع المحدثة التي لا أصل لها، وهكذا وبهذه البساطة أبعد هذا الجهد القانوني المتميز عن ساحة القضاء والتشريع وبقيت مهملة لم يسمع بها أكثر الناس وللأسف الشديد .

المبحث الثاني
القانون يحمي المغفلين

من مظاهر وجود الروح في قانون ما هو حمايته للضعيف والحفاظ على حقوقه والضعف في مفهوم القانون يشمل حالات عدة ومن حالات الضعف في القانون هي الغفلة وهي عدم الأهتداء الى حقيقة الشيء وهذه الغفلة تعود لأسباب متعددة منها أسباب مرضية بايلوجية قائمة في شخص تؤثر على إدراكه العقلي وكيفية تعبيره عن إرادته، ومنها أسباب تعود لشخص يقوم باستعمال أساليب إحتيالية توقع الطرف القانوني الأخر في حبائل الغفة .

وعلى هذا تعد العبارة الشائعة بين الناس من أن القانون لا يحمي الغافلين عبارة غير دقيقة تسربت لوعي الناس ربما لابتعاد مطبقي القانون عن روحه وغايته . ولكن ما المقصود بذوي الغفلة الذين يحميهم القانون ؟ عند العودة للمراجع اللغوية والمعاجم نجد الاتي : غفل : بالفتح تركه وسها عنه، والاسم الغفلة والتغافل ، والتغفل : تعمده، والتغفيل :ان يكفيك صاحبك وانت غافل لا تحس بشيء، والغفل : بالضم : من لايرجى خيره ولا يخشى شره [1]. المغفل : الذي لافطنة له، قال في الحديث من اتبع الصيد غفل اي يشتغل به قلبه ويستولي عليه حتى تصير فيه غفلة. وأغفلت الشيء: تركته غفلا وانت له ذاكر [2]. والغفلة كما ذكر الشريف الجرجاني في

(١) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي القاموس المحيط / / مؤسسة الرساله / الطبعة الثانية / ١٩٨٧م / ١٤٠٧هـ/ ص ١٤٦٥.

(٢) ابن منظور، لسان العرب / طبعة دار الفكر /ج١١ /ص٤٩٨

تعريفاته : الغفلة عن الشيء هي ان لا يخطر الشيء بباله [1] .يتضح لنا ان معنى المغفل لغة غير ما يفهمه الناس ويقصدونه حينما يقولون عبارة "القانون لا يحمي المغفلين" . [2]

تعال معي إيها القارىء الكريم لنرى كيف يحمي القانون ذوي الغفلة، صحابي جليل أسمه حبان بن منقذ بن عمرو أورد فقهاء الإسلام ورواة الحديث ما جرى بينه وبين حضرة خاتم النبيين عليه أفضل صلاة وأتم تسليم، كان هذا الصحابي الجليل يغبن في العقود التي يبرمها فجاء يشكو للرحمة المهداة عليه الصلاة والسلام وإليك باقي الحديث من كتب الحديث عزيزي القارىء، "قال محمد بن يحيى بن حبان كان جدي منقذ بن عمرو رجلا قد أصيب في رأسه آمة فكسرت لسانه ونقضت عقله وكان يغبن في البيوع وكان لا يدع التجارة فشكا ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال إذا

---

(١) علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، التعريفات، دراسة وتحقيق: محمد صديق، دار الفضيلة للنشر والتوزيع / ص ١٣٦.

(٢) على أن كلمة المغفل أستعملت إصطلاحاً في لغة القانون ففي قوانين الشركات المعاصرة يطلق على نوع من الشركات المساهمة أسم "الشركة المغفلة " Joint-stock company وتسمى الشركة بالمغفلة لإغفال الاعتبار الشخصي فيها وإنما الاعتبار الأول في تكوينها هو للمال وليس لشخصية الشركاء، بل لا يعرف الشركاء بعضهم بعضاً، ولا يعرفون شيئاً عن إدارة الشركة إلا ما يعرض مجلس إدارتها على الجمعية العمومية عند اجتماعها كل سنة.. تحتل الشركات المغفلة مكان الصدارة في تنفيذ المشاريع الكبرى في معظم دول العالم وتشكل بعد الشركات المحدودة المسؤولية أعلى نسبة في الشركات المسجلة لديها و الشركة المغفلة شركة مستقلة كلياً عن شخصية المساهمين وملاءتهم فلا تتأثر بما يطرأ عليهم من عوارض ولا يسالون إلا عن وفاء قيمة الأسهم التي اكتتبوا بها ولذلك يكون للشركة المغفلة اعتماد مالي قائم بذاته فبإمكانها التصرف بأموال طائلة واقتراضها أو المساهمة بها في شركات أخرى . وتؤدي حرية تداول الأسهم إلى تغير المساهمين باستمرار وإضعاف دور صغار المساهمين في الشركة .

أنت بعت فقل لا خلابة ثم أنت في كل بيع تبتاعه بالخيار ثلاث ليال إن رضيت فأمسك وإن سخطت فرد فبقي حتى أدرك زمان عثمان رضى الله تعالى عنه وهو بن مائة وثلاثين سنة وكثر الناس في زمان عثمان فكان إذا اشترى شيئا فرجع به فقالوا له لم تشتر أنت فيقول قد جعلني رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما ابتعت بالخيا، ثلاثا فيقولون أردده فإنك قد غبنت أو قال غششت فيرجع إلى بيعه فيقول خذ سلعتك ورد دراهمي فيقول لا أفعل قد رضيت فذهبت به حتى يمر به الرجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فيقول إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد جعله بالخيار فيما يبتاع ثلاثا فيرد عليه دراهمه ويأخذ سلعته "[1] ، ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام "لا خلابة " كما ذكر علماء الحديث أي لا تغلبوني أي لا تخدعوني، قانون رائع عادل يحمى فيه الضعيف وتحمى حقوقه . ولقد أخذ فقهاء القانون من هذا الحديث العظيم الشريف أحكام كثيرة منها خيار الشرط ومدة هذا الخيارجاء في مجلة الأحكام العدلية :

المادة (٣٠٠)

يجوز أن يشرط الخيار بفسخ المبيع أو إجازته مدة معلومة لكل من البائع والمشتري أو لأحدهما دون الآخر.

المادة (٣٠١)

كل من شرط له الخيار في البيع يصير مخيراً بفسخ البيع أو إجازته في المدة المعينة للخيار.

---

(١) - البيهقي، سنن البيهقي، كتاب البيوع

المادة (٣٠٢)

فسخ البيع وإجازته في مدة الخيار كما يكون بالقول يكون بالفعل أيضاً.

. مادة (٣٥٦)

إذا وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تغرير فليس للمغبون أن يفسخ البيع إلا أنه وجد الغبن وحده في مال اليتيم فلا يصح البيع. ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم.

مادة (٣٥٧)

إذا غر أحد المتبايعين الآخر وتحقق أن في البيع غبناً فاحشاً فللمغبون أن يفسخ البيع حينئذ.

يقسم فقهاء القانون الاسلامي الغبن الى نوعين، يسير وفاحش، والغبن اليسير هو الذي لايمكن تجنبه في المعاملات ومن المتفق عليه بين الفقهاء ان هذا النوع من الغبن يتسامح فيه، ولايعطى للمتعاقد المغبون خيار الغبن. اما الغبن الفاحش فقد اختلف الفقهاء في تحديد مقداره، وهناك معياران لتحديده:

ووفقا للمعيار الاول ينظر الى قيمة الشيء وتحدد نسبة بين هذه القيمة وبين الثمن الذي دفعه المتعاقد كحد ثابت للغبن، فأذا زاد الثمن عن هذا الحد او نقص عنه تحقق الغبن، وقد تراوحت تقديرات الفقهاء في هذا الباب بين الثلث وربع العشر.

اما المعيار الثاني الذي تبناه جانب من فقهاء الشريعة الاسلامية فانه يعرف الغبن الفاحش بانه (ما لايدخل في تقويم المقومين) فان دخل في تقويمهم فهو يسير لا فاحش.

فلو بيعت سلعة بمليون دينار وقومها بعض اهل الخبرة بمايزيد على هذا المبلغ والبعض بما ينقص عنه كان الغبن يسيرا، اما لو اتفقوا جميعا على تقويمها باقل من هذا المبلغ فأن في البيع غبن فاحش بالنسبة الى البائع، اما اذا اتفقوا جميعا على تقويمها باكثر من هذا المبلغ كان في البيع غبن فاحش بالنسبة الى المشتري.

ومن حالات الغفلة التي يحميها القانون هي حالة الغلط، وهو توهم غير الواقع بالنسبة لمحل العقد، يخول الغلط الإبطال، إذا وقع في ذات الشيء أو في نوعه أو في صفة فيه، كانت هي السبب الدافع إلى الرضى، وللغلط صور متعددة منها :

أولا: الغلط في صفة جوهرية في الشيء:

الغلط في صفة الشيء يكون جوهريا اذا كان هو الدافع الرئيسي الى التعاقد فمثلاً بيع الاوراق المالية الصادرة من شركة حكم ببطلانها، يجوز ابطاله للغلط الذي وقع فيه المشترى بشان صفة جوهرية في الشيء المبيع . و بيع شئ على انه قديم مع انه مجرد تقليد للقديم يجوز ابطاله للغلط، و اذا باع شخص ارضا على انها تحد الجهة البحرية بشارع طوله خمسة امتار ويتبين بعد ذلك ان ذلك الشارع لا وجود له مما يجعل الارض محصورة من جهاتها الاربع ولا منفذ لها يؤدي الى الطريق العام فان العقد يجوز ابطاله للغلط كما ورد في أحد الاحكام القضائية

ثانيا : الغلط في شخص المتعاقد:

يكون الغلط جوهريا اذا كانت شخصيته محل اعتبار ويقع عادة في عقود التبرع وقد يقع في عقود المعاوضة ويقع العقد في ذات المتعاقد، كالغلط في شخص الموهوب له او الوكيل او المزارع او الشريف . كما يقع في

صفة جوهرية من صفات المتعاقد، كأن يهب شخص لأخر مـالا معتقـدا ان رابطة قرابة تربطه به ثم يتبـين ان هذه الرابطة غير موجـودة، وكـأن يـؤجر شخص منزلا لامرأة تحترف العهارة وهو لا يعرف ذلـك حتـى لـو لم تباشـر مهنتها في المنزل.

ثالثا : الغلط في القيمة:

يكون الغلط في القيمة سببا للابطال، اذا كان جوهريـا أي دافعـا الى التعاقد، ومن امثلة الغلط في القيمة ما حكم به القضاء من انـه اذا اتفـق صاحب البضاعة مع مالك السفينة على ان يكون سعر النقل اما بحـساب الحجم او بحساب الوزن طبقا لما يختارة صاحب السفينة واختار هذا الاخـير ان يكون السعر بحساب الحجم، ثم تبـين بعد ذلك ان الـسعربهذه الحالـة ثمانيـة أمثال السعر بحساب الوزن، ولم يكن صاحب البضاعة يعلم ذلك بدليل انـه رفض التعاقد مع صاحب سفينة اخرى على سعر يقل عن السعر المطالب به، فان صاحب البضاعة له في هذه الحالة ابطال عقد النقل.

رابعا : الغلط في الباعث:

يجوز ابطال العقد اذا وقع الغلط في الباعث الـذي دفـع الى التعاقـد، فاذا اشترى شخص سيارة معتقدا ان سيارته سرقت ثم اتضح غير ذلك، كان واقعا في غلط في الباعث يعطيه الحـق في الابطـال . واذا اسـتأجر شـخص منزلا في مدينة معتقدا انه نقل اليها، له ابطـال عقـد الايجـار، بـشرط أن يكون المتعاقد الاخر في الحالتين قد اتصل بهذا الغلط ،ولكن لا يكفي علـم المتعاقد الاخر بالباعث وإنما يجب ان يعلم بأن من يتعاقد معه واقع في غلط، أي يعلم بأن السيارة لم تسرق وأن الموظف لم ينقل.

خامسـا: الغلط في القانون:

لا فرق بين الغلط في الواقع والغلط في القانون، فيجوز لمن وقع في غلط في القانون أن يطلب ابطال العقد . فاذا باع شخص نصيبه في التركة معتقدا انه يرث الربع ثم تبين انه يرث النصف، فانه يكون واقعا في غلط القانون يجيز له طلب ابطال العقد واذا وهب شخص لمطلقته مالا معتقدا أنه استردها الى عصمته، جاهلا أن الطلاق الرجعي يصبح بائنا بانقضاء العدة يكون واقعا في غلط في القانون له ابطال الهبه.

ويجب عدم الخلط بين جواز ابطال العقد لغلط في القانون، وقاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون .فالذي يتمسك بجهله بالقانون يريد استبعاد تطبيق القاعدة القانونية وهذا غير جائز . أما من يطلب الابطال لغلط في القانون فهو لا يطلب استبعاد تطبيق القاعدة القانونية وانما يطلب تطبيقها.

وقد تبنى القانون المدني العراقي لاحكام الغلط واحكام التغرير مع الغبن واحكام الاستغلال، فضلا عن تبنيه لنظم قانونية لحماية القاصر والمجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة ورتب اثارا قانونية عليها تجسدت في اعتبار التصرفات المشوبة بعيب من عيوب الرضا موقوفة على اجازة من تعيبت ارادته او وليه او القيم او الوصي عليه، فضلا عن تبنيه لاحكام البطلان في حالات انعدام الاهلية او محل العقد اوسببه في العقود، كما وتبنى المشرع العراقي في قانون العقوبات العقوبة على جريمة الاحتيال وجريمة اصدار شيك بدون رصيد....

فمثلاً أورد القانون المدني احكام الاستغلال :-

وهو نظام قانوني مؤداه توفير الحماية القانونية في حالة ان يعمد شخص الى ان يفيد من ناحية من نواحي الضعف الانساني يجدها في اخر، كحاجة

ملجئة تتحكم فيه، او طيش بين يتسم به سلوكه، او هوى جامح يتحكم في مشاعره وعواطفه، او خشية تأديبية تسيطر عليه، فيجعله يبرم عقدا ينطوي عند ابرامه على غبن فاحش يتجسد في عدم التناسب بين ما أخذه منه وما اعطاه له، فيؤدي به الى خسارة مفرطة، بحيث يمثل عقده هذا اعتداءا على قواعد الاخلاق والائتمان السائدة في المجتمع ومبدأ حسن النية..

وتبنى المشرع العراقي احكام الاستغلال في المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي حيث نصت على انه (إذا كان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته او طيشه او هواه او عدم خبرته او ضعف اداركه فلحقه من تعاقده غبن فاحش جاز له في خلال سنة من وقت العقد ان يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول، فاذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعا جاز له في هذه المدة ان ينقضه.

معيار الاستغلال والغبن الفاحش- يعمل النظام القانوني للاستغلال على ان يفوت الفرصة

على ذوي القصد السيء ممن يتلمسون مظاهر الضعف الانساني بقصد الحصول على مكاسب غير مشروعة، والحال ان كل مظهر من مظاهر الضعف الانساني من شأنه ان يحقق الاستغلال، وفي ضوء ذلك فأن بعض التشريعات تضع قاعدة عامة في الاستغلال من شأنها ان تنطبق على اي مظهر من مظاهر الاستغلال ايا كان نوعه او طبيعته تماشيا مع خصيصة التجريد التي ينبغي ان تكون عليها القاعدة القانونية التي تسمو على التفصيلات والجزئيات.

الا ان المشرع العراقي لم يضع قاعدة عامة في الاستغلال، وانما اتبع طريقة التعداد على سبيل الحصر لمظاهر الضعف التي يحميها القانون وان توسع فيها قياسا للمشرع المصري الذي قصر محل الاستغلال على الطيش البين والهوى الجامح.

ان طريقة التعداد على سبيل الحصر هذه تجعل من وضع معيار عام محدد لقياس مظاهر الضعف الانساني امرا متعذرا ايضا، ولما كانت الحالات المذكورة هي حالات نفسية، وتمثل اعتداءا على اخلاقيات التعامل وحسن النية، فينبغي على القاضي اعمال المعيار الذاتي، ويبحث في مدى قيام احد المتعاقدين بأستغلال حاجة المتعاقد الاخر او طيشه او عدم خبرته او ضعف ادراكه، وبحث القاضي ينصب هنا على العناصر النفسية والشخصية لدى المتعاقد الذي لحقه غبن نتيجة الاستغلال، فهي عناصر داخلية لصيقة بذات المتعاقد، يقوم القاضي بأكتشافها في ضوء مقومات المعيار الذاتي المتعلق بحالات الضعف الواردة في المادة (125) من القانون المدني العراقي، ومراعيا قواعد الاخلاق السائدة في المجتمع.

وينبغي على القاضي ان يتحقق من ان الاستغلال هو الدافع الى التعاقد، بمعنى ان يكون المتعاقد الاخر هو الذي سعى الى حمل الضحية على ارتضاء العقد على نحو ما ارتضاه عليه بحيث انه ماكان ليرتضيه على هذا النحو لولاه، فلو تبين ان المتعاقد المغبون كان سيتعاقد في كل الاحوال فلايتحقق الاستغلال ولو تحقق الغبن وبوجود مظاهر الضعف بصورها المتعددة، ذلك ان المشرع العراقي لايعتبر الغبن لوحده عيبا مستقلا، كما ان وجود الضعف كصفة لصيقة بالشخص لايعني تحقق الاستغلال دائما، فكثير من الناس تبيع اموالها تحت ضغط الحاجة وكثيرا مايهب المحبين الى اعزائهم اموالا

وقد لايعرف الجديد في مهنته مواقع الاسواق الاكثر مناسبة من حيث السعر والجودة، والقول بوجود الاستغلال في مثل هذه الحالات فيه تهديد لاستقرار التعامل، وانما ينبغي ان تتوافرعناصر الاستغلال وهي اختلال التعادل بين ماالتزم به المتعاقد المغبون وبين ما يأخذه في مقابل ذلك اختلالا يؤدي الى الغبن الفاحش وهذا هو العنصر الموضوعي في الاستغلال، وان يكون استغلال الضعف لدى المتعاقد هو الدافع الى التعاقد، وهذا هو العنصر النفسي في الاستغلال.

معيار الغبن الفاحش:

الغبن مشكلة تقوم على اعتبارات اجتماعية وخلقية واقتصادية غير ثابتة وخاضعة لقانون التطور العام للمجتمع ..

موقف المشرع العراقي من معيار الغبن : اذا كان المشرع العراقي قد قال بالغبن الفاحش الا انه لم يتبن معيارا معينا لتحديده، الا في حالة خاصة هي ماذكرته المادة1077 بشأن قسمة المال الشائع، وهذا يعني انه ترك تقدير الغبن الفاحش لاجتهاد القضاء، ولما كانت مباديء الشريعة الاسلامية بمقتضى الفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون المدني العراقي احد المصادر التي تستمد منها الاحكام بعد التشريع والعرف، فيمكن للقاضي ان يعتمد احد المعايير التي تبناها جانب من الفقه الاسلامي.

لكن الذي يجب التنبه له ان الحماية القانونية للمصالح ليست مطلقة بل نسبية، فالحماية القانونية انما تبدأ قانونا من مستوى معين من سلوك مفترض للاشخاص لاتنزل دونه، ومن ثم يقع على عاتق الفرد واجب اتخاذ قدر من الحيطة والحذر في تصرفاته القولية والفعلية حتى تصبح الحماية

القانونية له ممكنة، وهذه الحيطة قد تكون على شكل اجـراءات او شـكليات يقع على عاتق الفرد واجب اتباعها حتى يمكن تفعيـل الانظمـة القانونيـة التي تحميه، ومن ذلك شرط التسجيل العقاري لانتقال الملكية في العقـارات وشرط توثيق الدين بمستند عادي او رسمي للاثبات، فتكون شروط الحمايـة القانونية هنا توفر هذا السند، فأذا جاء الدائن بعد ذلك مطالبا بحقه امـام القضاء، فأن القاضي يطالبه بابراز سند الملكية او الدين، فأن لم يتوفر هذا وانكر المدين الدين فلا يقضى له بحقه، فالقاضي لايحكم على مجرد الادعـاء وانما على اساس ماتوفر من بـينات وعند عدم توفرها يلجـأ القاضـي الى ماتقرره نصوص القانون او المبادئ القانونية العامة في هذا الصدد ومنهـا مبدأ (الاصل براءة الذمة وعدم مشغوليتها بأية ديون اوالتزامات وعلـى من يدعي خلاف هذا الاصل ان يقدم البـينة عليه) ولما كان الدائن يدعي خلاف الاصل فعليه عبء اثبات مايدعيه، فأن عجز عن ذلك فالقـانون لا يتمكن من حمايته لانه لم يتخذ قدرا معقولا من الحيطـة اشـترطها القـانون لحمايته.

وهناك فرق بـين الحقيقة القانونيـة والحقيقـة الواقعيـة، وقـد تتطـابق الحقيقة القانونية مع الحقيقة الواقعية وقد لاتتطابق، والقـضاء يحكـم بنـاءا على معطيات الحقيقة القانونية لا الحقيقة الواقعية عنـد عـدم تطابقهمـا، ولهذا كان للعدالة ضحايا، ومن ذلك شهادة الزور، اذ هـي تحجـب الحقيقـة الواقعية الحقة عن نظر القاضي فيحكم بناءا على الحقيقـة القانونيـة الـتي تجسدت في شهادة الزور فهو يعتمدها مادام لـيس هنـاك سبـيل لكـشف

زورها وبهتانها[1]. وفيما عدا ذلك فأن القانون يحمي المغفلين ومظاهر الضعف الانساني من استغلال المستغلين وكيد الكائدين ونصب المحتالين .

المبحث الثالث

لأن يخطأ القاضي في العفو خير من يخطأ في العقوبة

من جوانب أتصاف القانون بالصفة الروحية هو العفو عمن يخطأ وعمن يرتكب الجنايات فالغرض من العقوبة هو الإصلاح وحماية المجتمع فإذا تحققت هذه الغاية دون أن تمر بوسيلة العقوبة كان على القاضي والمشرع قبل ذلك أن ينحيا ناحية العفو على الجاني، فليس الغرض من العقوبة الإنتقام من الجاني كما كان ذلك سائداً في الفكر الأوربي في العصور الوسطى، فقد تحددت العلاقة بين الدولة وبين المحكوم عليه في ضوء هذه النظرية فقد كان المجتمع الأوربي ينظر الى المحكوم عليه باعتباره شخصاً شريرا شاذا وعدوا للمجتمع لأنه أضر به فلم تكن هناك رحمة به ولا أشفاق عليه وكانت العقوبة توقع عليه تشفياً به وأنتقاماً منه [2]، ولذا كانت السجون في العصور الوسطى الأوربية أماكن رهيبة للعذاب والأنتقام فكانت أماكن مظلمة ليس فيها فتحات للتهوية . وأستمرت هذه النظرة للجاني قرون طويلة حتى تغيرت غاية العقوبة وأصبحت الغاية هي الإصلاح والتأهيل وليس الأنتقام .

---

(١) فارس حامد عبد الكريم، اساس مقولة القانون لا يحمي المغفلين، مقال الكتروني.

(٢) ماهر عبد الدرة، مبادىء علم العقاب، جامعة الموصل، ١٩٩٧، ص١٦.

والذي يثير العجب والحزن أن الدول التي تحسب على أنها من الدول ذات الحضارة الإسلامية يوماً ما أصبحت سجونها محلات للتعذيب والأنتقام لا تطاق بينما اصبحت الدول الأوربية التي كانت نظرتها للمجرم ما سبق وبيناه تنظر إليه نظرة أنسانية وأصبحت سجونها حلماً كبيراً لمواطني دول التراث الإسلامي بالمقارنة مع ما يعيشونه في بلدانهم ولازال المنظر ماثلاً في ذهني منظر القرصان الصومالي الذي حاول مع قراصنة أخرين الإستيلاء على سفينة أمريكية محملة بالبضائع في خليج عدن فقامت البحرية الأمريكية بمهاجمة القراصنة وإلقاء القبض عليهم وأخذهم للولايات المتحدة الأمريكية لمحاكمتهم وسجنهم فظهر هذا القرصان الصومالي على شاشات التلفزة يتم أقتياده من قبل القوات الأمريكية ظهر هذا القرصان وهو يبتسم إبتسامة عريضة ويصنع بيده شارة النصر وكأنه يقول السجن في أمريكا أرحم من الحرية في الصومال .

ليست هذه حضارة الإسلام حضارة القوانين الرحيمة، المجرم في شرعة الإسلام إنسان عادي ظل الطريق يجب الأخذ بيده وإصلاحه [1]، أنظر معي إيها القارىء الكريم لما يقوله الرسول العظيم عليه أفضل الصلاة والسلام في حديث تتضح منه كيف ينظر الإسلام للجاني نظرة الرحمة والرأفة، قال عليه الصلاة والسلام : " ادرءوا الحدود، والقتل عن عباد الله ما استطعتم، "[2] وقال عليه الصلاة والسلام : " ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن وجدتم للمسلم مخرجا فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطىء في العفو خير له من

(١) أحمد فتحي بهنسي، السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية، دار الشروق، الطبعة الأولى، ١٩٨٣، ص ٢٠٤.

(٢) أخرجه الطبراني.

أن يخطىء في العقوبة "[1] . وقد فصل الفقهاء الكرام في حالات سقوط العقوبة بالعفو وأي العقوبات تسقط وإيها لا تسقط .العفو مقدم على العقوبة في شرعة الإسلام والرحمة مقدمة على تطبيق القانون .

المبحث الرابع
عفة الزواج

الزواج محور الحياة الإجتماعية فمنه تنشىء كل صلات القربى بين الناس ولقد احاط الإسلام عقد الزواج بأهمية كبرى وحث نبينا الكريم عليه أفضل الصلاة والسلام على الزواج : " قال عبد الله بن عمر كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم شبابا ليس لنا شيء فقال يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإن الصوم له وجاء" أخرجه البخاري ومسلم في الصحيح من حديث الأعمش وقال عليه الصلاة والسلام : "إن أعظم النكاح بركة أيسره مؤنة" رواه الإمام أحمد في مسنده، وكان عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- يرغب دائمًا في تخفيف المهور على الراغبين في الزواج، فقال: لا تغالوا في صداق النساء، فإنها لو كانت مكرمة في الدنيا، أو تقوى عند الله، كان أولاكم وأحقكم بها محمد صلى الله عليه وسلم. ما أصْدَقَ امرأة من نسائه، ولا أُصْدِقَتْ امرأة من بناته أكثر من اثنتي عشرة أوقية (والأوقية: عشرون درهمًا) رواه بر ماجه . وكل ذلك لتسهيل هذا العقد المبارك بين الناس ولتحصين أفراده من الوقوع في الزلل والخطيئة، وتسهيل

---

(١) اخرجه البيهقي.

هذا العقد له جانبين جانب يتعلق بالأفراد من حيث تخفيف المهور والطلبات وجانب أخر يتعلق بالسلطة العامة والدولة في وضع قوانين تسهل هذا العقد بل وتجبر عليه الشباب أحياناً تحقيقاً لمقاصد هذا العقد ومن جميل القوانين بهذا الشان قانون الزواج العثماني الصادر عام ١٩١٦ والذي نص على إجراءات لتسهيل العقد وإجبار الشباب عليه لكي تعم الفضيلة في المجتمع وإيضاً لأغراض أخرى منها قلة عدد الرجال بسبب الحروب التي كانت تشن على الدولة العثمانية وقد بقي هذا القانون معمولاً به حتى بعد سقوط الدولة العثمانية ومجيء أتاتورك إلى الحكم حيث أعاد إصدار هذا القانون وذيله بتوقيعه وغير أسمه فقط إلى "قانون الزواج في الأناضول" .

ولقد تناول هذا القانون محاور متعددة منها تحديد الحدود العمرية للزواج، ومنها تحديد مكافآت تعطيها الدولة للمتزوجين، ومنها إيجاب الزواج بثانية على الرجل في الأحوال المذكورة بالقانون، وقد تعرض القانون لهجمات شرسة وأعتبر قانوناً متخلفاً يهدر كرامة المرأة وغير متمدن، وأستمر الضغط الشديد حتى تم إلغاءه في نهاية المطاف وعلا صوت الرذيلة . لقد عالج هذا القانون مشكلة في وقت تشريعه وهو صالح لحل مشاكل الكثير من المجتمعات الى الأن ويصلح أن يكون مثالاً تشريعياً يقتدي به المشرع إذا أراد.

إليك عزيزي القارىء نصوص مواد هذا القانون:

((١- تبدأ مدة الزواج الاختياري من سن ١٨ و تنتهي في سن ٢٥ و من لم يتزوج في سن الخامسة و العشرين يجبر على الزواج.

٢- اذا امتنع الشخص عن الزواج بعد بلوغه سن الخامسة والعشرين بدعوى انه مريض يكشف عليه طبيا، فان كان مرضه قابلا للشفاء يؤجل

اجباره على الزواج الى ان يبرأ. وإن كان المرض غير قابلاً للشفاء يمنع من الزواج .

٣- اذا اضطر الرجل الى السفر لبلد اخر و الاقامة فيه بضع سنين لصنعة أو لوظيفة أو لأي أمر شرعي ولم يكن في استطاعته اصطحاب زوجته معه وجب عليه ابلاغ الحكومة المحلية مع بيان العذر المانع من أخذ زوجته معه ، ثم ان كان قادراً على الزواج من مرة ثانية في البلد الآخر يجبر عليه فاذا انتهت مدة اقامته في البلد الأخر يجب عليه أن يجمع زوجتيه في مكان واحد.

٤- اذا امتنع عن الزواج بعد سن ٢٥ بلا عذر شرعي يؤخذ منه بالقوة و بلا محاكمة ربع دخله سواء كان ربع ملكه أو ربع تجارته أو أجرة صناعته ويوضع في البنك الزراعي ليصرف منه على من يريد الزواج من الفقراء اكراما لهم .

٥- اذا سافر المتزوج في غير بلده الى بلدة اخرى لأي غرض كان يعامل بمقتضى المادة الثالثة فان لم يكن قادراً على الزواج في البلدة الأخرى يؤخذ منه ١٥ في المائة من إيراداته وتصرف طبقاً للمادة الرابعة وبعد مضي سنتين يلزم بأخذ زوجته معه .

٦- كل من لم يتزوج بعد سن ٢٥ يعامل بمقتضى المادة الرابعة و لا يقبل بوظيفة مطلقا في مصالح الحكومة و منافعها العمومية و الخصوصية و لا ينتخب في هيئة من الهيئات و لا يعهد اليه أمر من الامور و ان كان من الموظفين يعد من المستعفيين .

٧- كل من يتجاوز سنه ٥٠ سنة و يكون متزوجا بامراة واحدة وفي استطاعته ماديا و صحيا ان يتزوج باخرى يكلف بالزواج مرة ثانية

ليكون مشتركا بسد حاجة من الحاجات الاجتماعية فاذا اعتذر باسباب غير معقولة يكلف بمساعدة اولاد الفقراء و الايتام في معيشتهم و تربيتهم من واحد الى ثلاثة حسب استطاعته المالية .

٨- كل من يتزوج قبل سن ٢٥ و قبل ان يبلغ سن التجنيد العسكري تكون مدة خدمته في الجيش في حالة الحرب سنتين فقط . اما من لم يتزوج الا بعد سن التجنيد العسكري فتكون مدة خدمته في الجيش في حالة الحرب ٣ سنوات.

٩- كل من تزوج في مدة الخيار من ١٨ الى ٢٥ و كان فقيرا لا يملك شيئا يقطع له من اراضي الحكومة من ١٥٠ الى ٣٠٠ دونم مجانا (الدونم يساوي ٩٢٠ متر)من اقرب مكان له و ينفذ منذ الزواج .

١٠- فان كان من ارباب المصانع او المتاجر يعطى له راس مال قرضا من ٥٠ الى ١٠٠ جنيه عثماني يؤديه مقسطا على ٣ سنين بلا مقابل.

١١- كل شخص تزوج قبل سن ٢٥ و ليس له اخ بالغ راشد يقوم بخدمة ابويه تؤجل خدمته العسكرية، و كذلك البنت اذا تزوجت وليس لها اخ يقوم بخدمة والديها تؤجل خدمة زوجها العسكرية .

١٢- كل شخص تزوج قبل سن ٢٥ وولد له ثلاثة اولاد يقبل اولاده في مدارس الحكومة الليلية مجانا و اذا ولد له خمسة فصاعدا يقبل الثلاثة مجانا و الباقي اذا كانوا من اهل القرى يصرف لكل واحد منهم عشرة جنيهات وان كانوا من اهل المدن يصرف لكل واحد خمسة عشر جنيها من الاموال العمومية الى يبلغ سن ١٣ سنة ويعطى لكل امراة عندها اربعة اولاد ذكور فصاعداً أعانة قدرها ٢٠ جنيه شهريا .

١٣- كل طالب يشتغل بطلب العلم في المدارس العالية يؤجل جبره على الزواج الى ان يتم دراسته .

١٤- كل شخص لا يشتغل بعمل مشروع وبلغ من العمر ٢٥ سنة و لم يتزوج و تكون حالته الاجتماعية مخلة بالشرف ينذر و يؤجل سنة لايجاد اي عمل و الا ضم الى عمال الحكومة قسرا .

١٥- كل من جاوز الخمسين من العمرلا يعامل بالمادة السابقة .

١٦ . يبدأ تنفيذ هذا القانون بعد التصديق عليه بثلاثة شهور .))[1]

المبحث الخامس

روح القانون بين مفتي الديار وملك الديار

يذكر الصحفي والمؤرخ العراقي خالد القشطيني حادثة رائعة من تأريخ الحضارة الاسلامية وعلماءها الافذاذ، حادثة عن الشيخ المفتي و القاضي امجد أفندي الزهاوي [2]الذي لمع اسمه و تألقت شخصيته في ايام العهد الملكي، ايام الخير من تاريخ العراق المعاصر. وردت عنه حكايات و مآثر عديدة جديرة بالسماع على عكس الكثير من الغث الذي نسمعه في هذه الأيام مع الأسف.

كان رحمه الله إنسانا بكل ما يمكن ان تعنيه لفظة الإنسانية . لقيته في الطريق إمرأة في باب المعظم لم تكن له اية معرفة سابقة بها و لا هي عرفت أي شيء عنه او عن مكانته سوى العمامة التي كانت على رأسه و الجبة

(١) نشر هذا القانون في مجلة المقطم المصرية في عددها الصادر في ٢١ اكتوبر ١٩٢٢.

(٢) خالد القشطيني "مفتي الديار وملك الديار" حلقة إذاعية من برنامج ايام الخير بثت من اذاعة العراق الحر ونص الحلقة منشور على الرابط

http://www.iraqhurr.org/content/article/1757308.html

التي لف بها بدنه. قالت لنفسها، لابد ان يكون لهذا الرجل بهذه العمامة و الجبة كلمة مسموعة في الدولة.. تقدمت اليه لتتوسل به. كانت الشرطة قد اعتقلت ابنها لاشتراكه في مظاهرات سنة ١٩٤٨، سنة الوثبة التي يتذكرها اكثرنا ممن عاش في تلك الحقبة.

كأي ام حريصة على سلامة اولادها، راحت تلك المرأة تتوسل بالشيخ الجد الزهاوي و تلتمس منه التدخل لدى السلطات لإطلاق سراح ابنها من السجن. إنه بريء، و الله العظيم هذا ابني بريء، راحت تردد و تولول دون ان تعرف ما الذي كان ولدها قد قام او لم يقم به. و كذا فعل الشيخ، و لكنه طمأنها و وعدها بأن يبذل جهده من اجل الإفراج عن ابنها دون ان يعرف أي شيء عن موضوعه او جرمه.

عاد الى البيت، نزع جبته و عمامته، و تناول التلفون ليكلم جلالة الملك فيصل الثاني تغمده الله برحمته. لم يكن يعرف من يكلم في هذا الموضوع غير الملك نفسه. هكذا حدث نفسه، إنه سيد البلاد و هو الذي بيده امورها. ادار الرقم على البلاط الملكي و اجابه عامل التلفون : "المن تريدون؟ "اجابه قائلا: "اريد فيصل افندي!" كان الشيخ الزهاوي مازال يعيش في تراث الآداب العثمانية . الأفندية هم صفوة القوم و افترض الشيخ ان يكون هذا هو اللقب الجدير بالملك. افندي. فهو يلبس سترة و بنطلون و ليس جبة و عمامة او جراوية. لم يكن الجد الزهاوي قد الم بالألقاب الجديدة، صاحب الجلالة و صاحب السمو و صاحب الفخامة و صاحب السعادة و هلمجرا.

"ابني، اعطيني فيصل افندي." قال. ويظهر ان عامل التلفون قد اهتز بهذا الخطاب. أن يكون هناك من يخاطب الملك بلفظة افندي. لابد ان يكون

هذا الشخص شخصا مهما. فبادر على الفور بفتح الخط على الملك فيصل الثاني مباشرة في مكتبه الخاص. فحدثه عن الموضوع، موضوع هذه المرأة و ابنها البريء المعتقل و التمس من الملك ان يقوم بدوره و يأمر بإطلاق سراح هذا التلميذ الشاب و يعيده الى اهله. طمأنه جلالته على ذلك، بأنه سيستعمل سلطته و يأمر بالإفراج عن هذا الشاب. شكره الشيخ سلفا عن حسن صنيعه. " بارك الله فيك و امد في عمرك." وهو ما حصل. بارك الله به و لكنه لم يمد بعمره. فبعد سنوات قليلة اطلق الرصاص عليه و قتل.

لم يكن امجد الزهاوي قد اغلق التلفون و انصرف لتناول عشائه حتى رن جرس التلفون ثانية. مكالمة من البلاط. إنه فيصل الثاني نفسه. سماحة الشيخ، انت لم تعطني اسم هذا الشاب لآمر بإطلاق سراحه. شنو اسمه الكامل؟

حك امجد الزهاوي رأسه . فكر و تأمل. الحقيقة إنه لم يسأل المرأة المذكورة عن اسم ولدها. كيف فات عليه ذلك؟ اخبر جلالته انه في الواقع لا يعرف اسم هذا الشاب.و حكى للملك حكاية تلك المرأة. لا معرفة له بها. صادفته في الطريق و توسلت به ان يتوسط للإفراج عنه.

قال له الملك. و لكن كيف سأطلق سراح من لا اعرف اسمه. هناك عدد كبير من المعتقلين في السجن . و لا يدري من منهم ذلك الشاب. فأجابه امجد الزهاوي، "و انتو ليش حابسين كل هالشباب؟ فكوا عنهم كلهم و خلي هالوليد يطلع وياهم".

لم يجد جلالة الملك بدا من ذلك. لقد وعد الشيخ المرأة بالإفراج عن ابنها، و وعد الملك الشيخ الزهاوي بتلبية ذلك . و لم يبق بيده غير ان

يطلب من المسؤولين إطلاق سراح كل هذه الجوقة من المعتقلين الشباب وهـو ما كان. وهو ما جرى في ذلك اليوم من ايام الخير.

ينهي الاستاذ خالد القشطيني رواية الحادثة بقولـه "ايـام الخـير اللـي فاتت ويا اهلها من اهل الخير"

المبحث السادس
شيخ من شيوخ العقلانيين

في الماضي القريب الجميل يوم كان للعقل صولة وجولة بـين الناس كان تطبـيق القانون والافتاء به فيه روح والامثلة كثيرة متنوعة سأورد مثالاً مما أورده المؤرخون . كان الشيخ حسين علي الاعظمي أسـتاذاً في كليـة الحقـوق العراقية . كان الملا حسين كما كان يعرف بـين أهل محلته في الاعظمية بجوار الامام الاعظم ابـي حنيفة النعمان، من مشايخ المـسلمين عنـدما تاسـست المملكة العراقية رعى الله ذكرها يعَلم الناس دينهم ودنياهم ويفتي بـينهم انتدبوه لتدريس الشريعة الاسـلامية في كليـة الحقـوق كـان صـوته رخيمـاً أبتسامته وديعة ولهجته الاعظميـة الاصـيلة يخاطـب طلابـه : أسمـع أبـني .....سمعوا ولدي

كان مستغرقاً في النوم على سـطح بـيته علـى عـادة العـراقيين في الصيف وقد دنت الساعة من منتصف الليل عندما أفاقه طرق عنيف على الباب وصوت رجل يناديه :ملا حسين ! .....يا ملا حسين !نزل الشيخ مسرعاً ليجد أمامه شاباً يرتدي الدشداشـة والطاقيـة مـن فئـة بـسطاء الكـسبة والشغالين قال للشيخ " ملا حسين أبوس أيـدك ورجلـك، سـاعة عـصبـية وشيطان حضر بـيها وطلقت مرتي بنت عمي بالثلاثة واني نـدمان عليهـا

أريد أرجعها لكن الناس يكولون لازم تتزوج غيرك بالأول ! ملا شلون هذي بنت عمي؟ أريدك تحل لي هالمشكلة "

نظر الشيخ الجليل في وجه الشاب وهو يبتسم ابتسامته الوادعة ووضع يده على كتف الشاب وقال له :

" أسمع أبني هذا الامام أبو حنيفة كدامنا يكول لازم تتزوج غيرك وتلميذه أبو يوسف يكول لازم تتزوج غيرك وكل أئمة السنة يكولون لازم تتزوج غيرك . لكن اسمع أبني، شأسمك أنته ؟"

" يسموني فاضل أبو ورطة "أجاب الشاب

" أسمع أبني فاضل كلهم يكولون لازم تتزوج غيرك لكن اني حسين الأعظمي أقول لك روح رجعها لبنت عمك أعقد عليها مهر من جديد ورجعها وأني حسين الأعظمي خطيتك برقبتي اذا أكو خطيئة "أنكب الشاب على يد الشيخ ورجله ليقبلها ويشكره ويدعو له بطول العمر[1]

المبحث السابع

القاضي الذي يرجع الحقوق بدون حكم

من روائع الحضارة الإسلامية أن روح القانون تطغى أحياناً حتى يستغني الناس عن حكم القضاء فكان هناك القاضي الذي يرجع الحقوق لأصحابها دون حكم وإليك إيها القارىء العزيز قصته التي يوردها النباهي المالقي [2] حيث يقول : يحيي بن زيد التجيبي ولاه القضاء في الأندلس عمر

(١) خالد القشطيني، ايام عراقية، الدار العربية للعلوم، بيروت، ٢٠٠٨، ص ص ١٢٠– ١٢١.

(٢) النباهي المالقي، تأريخ قضاة الأندلس، مصدر سبق ذكره، ص ٥٢.

بن عبد العزيز وكان رجلاً صالحاً ورعاً، وكـان إذا أجتمعـت عنـده النـاس للخصومة والدعوى بـدأ بـوعظهم وتـذكيرهم ولا يـزال يخـوفهم الله تعـالى ويحذرهم وبال الجدال بالباطل وما يلحق المبطل من سـخط الله وعقوبتـه ثـم يذكر ما يلزم القاضي من الحساب وما يجب عليه من التحري لاصابة الحـق والاجتهاد لتخليص نفسه ثم يأخذ بالنياح والبكاء على نفسه فيكون ذلـك دأبه حتى ينصرف عنه المتخاصمين باكين، وجلين، قد أرجع كل مـنهم الحق لصاحبه .

المبحث الثامن
قصة اللص الشريف ممودي

هذه الحادثة لا علاقـة لهـا بالتـشريع أو القـضاء أو الأفتـاء ولكـني أوردتها هنا للتمثيل عن تشبع الناس بروح الأنصاف وعجينـة الخير يـذكر الأستاذ عبد الكريم العلاف في كتابه القيم" بغداد القديمة " [1] قصة أحد أشقياء بغداد وأسمه محمود ويقال له ممودي ويقول عنه أنه كـان شـقي أبـي وبطل جسور جاءه أحد رفاقه يوما واسره أن تاجراً يهودياً قد تزوج حديثاً وأن بـيته الذي يقع في منطقة الشورجة فيه الكثير مـن الحلـي الذهبـية وظـل رفيقه يغريه بسرقة هذا اليهودي بعد قتله الى ان قال له ممودي " عليهـا " وهي كلمة معناها في لغة الشقاوات موافق، وبعد أن شاهد ممـودي الرجـل اليهودي وعرف مكان بـيته جاء الليل وأول من دخل بـيت التاجر اليهودي

---

(١) - عبد الكريم العلاف، بغداد القديمة، الدار العربـية للموسـوعات بـيروت، ٢٠٠٠، ص ١٤٠

كان ممودي وشاهد الرجل اليهودي ينام بجنب زوجته وهما متعـانقين فـسمع نداء من داخله (تخسه، ابو شكر لا تسويها) وبعد ان سمع هذا النـداء مـن داخله قال والله لن أنغص عيش هذين الزوجين والتفـت يمينـاً وشمـالاً ورأى منضدة "ميز" عليها تحفيات من ذهب وفضة ورأى فوقهـا كتـاب مغلـف بقطعة من حرير علم أنه كتاب مقدس فأخـذه ولـسان حالـه يقـول : في أي كتاب من كتب الله المنزلة وفي أي سنة من سنن أنبـيائه يحق لـي أن أقتـل هذا الرجل وأفجع فيه أهله وقومه لمجرد أنه على غير ديني، وفي سطح الدار قال لصاحبه أسرع في الخروج من المنزل وخرجوا وفي الـصباح البـاكر ذهـب ممودي للتاجر اليهودي بمحله وبعد أن ألقى عليه التحيه ألتفت أليه التجـر اليهودي وقال له : "أؤمر" فاخرج ممودي الكتاب ووضعه أمام التاجر فاخذ التاجر الوجوم وقال له ما الذي جاء بهذا الكتاب عندك ؟ فحكى له ممودي قصه سطوه مع صاحبه على منزله ليله أمس وكيف انه اكتفى بأخـذ هـذا الكتاب فأعطاه اليهودي عشر ليرات ذهب ونشأت بـينهما صداقة لم تنفك روابطها إلا بموتهما .

خاتمة

وبهذه الوقائع المليئة بالروح من حضارة الإسلام، نختم هذا الكتاب راجياً من المشرعين والقضاة ان تكون الرحمة والأنصاف نصب أعينهم وهم يضعوا القوانين ويطبقوها وأن يبتغوا مرضاة الله ورسوله في عملهم، وان لا يكون تشريع القانون وتطبيقه مجرد ممارسة وظيفية رتيبة جامدة لا روح فيها .. وهنا أستحضر أبيات شعرية جميلة سمعتها من أستاذي الشيخ المربي طارق عبود رشيد:

قل لمن قنن القانون يوماً	قننوا القانون لليوم العصيب
ما أرى قانونكم في الدرب إلا	رملةً ضاع فيها كل حظ ونصيب
فتساأل عقلنا ياقوم ماذا	لو أخذتم بالذي شرعه طه الحبيب
قد أتاكم شرعه ساطع نجم	ومثبت حكمه وسط أيات المجيب

اللهم كما جعلت أول كلامنا لا اله إلا الله، وكما مننت علينا بأن نقول محمد رسول الله، أجعل أخر كلامنا الحمد لله .

عيسى خليل

المصادر والمراجع

١. ابراهيم عبد الغني الدروبي، قضاة بغداد، الجزء الثاني، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ٢٠٠١ .
٢. أحمد فتحي بهنسي، السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية، دار الشروق، الطبعة الأولى، ١٩٨٣.
٣. - ابن منظور، لسان العرب / طبعة دار الفكر
٤. احمد ابو الوفا، نظرية الاحكام، الاسكندرية، الطبعة الخامسة، ١٩٨٥
٥. أنطونيو دومينغو أورتيث وبيرنارد فينثينت، تأريخ المورسيكيين حياة ومأساة أقلية، ترجمة الدكتور عبدالعال صالح، دار الأشراق، قطر .
٦. البيهقي، المحاسن والمساوىء، ، مطبعة السعادة، القاهرة ١٩٠٦
٧. البيهقي، سنن البيهقي، كتاب البيوع
٨. تقنين نابليون او القانون المدني الفرنسي الصادر عام (١٨٠٤)
٩. التهانوي، كشاف إصطلاحات الفنون
١٠. ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني، ص ١٦٦
١١. ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة، القاهرة، ١٩٧٥
١٢. خالد القشطيني، ايام عراقية، الدار العربية للعلوم، بيروت، ٢٠٠٨
١٣. خالد وزاني، مناهج التفسير بين علماء الشريعة وفقهاء القانون، القاهرة، ٢٠٠٨
١٤. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مطبعة مصطفى البابي الحلبي
١٥. دراسة موجزة عن مجلة الأحكام العدلية / مقدمة مشروع و ببلوغرافية شاملة، طبعة دار غار حراء، دمشق.
١٦. الدكتور عبدالله مصطفى، المقتضب في علم الوضع
١٧. الدكتور عبدالله مصطفى، معالم الطريق في عمل الروح الإسلامي، الطبعة الأولى، عمان، ١٩٩٣
١٨. الدكتور عبدالله مصطفى، علم اصول القانون، بغداد، ١٩٩٦
١٩. شيخي زاده، مجمع الأنهر، دار الكتب العلمية
٢٠. صحيح البخاري، مطبعة محمد علي صبيح
٢١. صحيح مسلم، دار الكتب العلمية بيروت
٢٢. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج١، القانون، ١٩٧٢
٢٣. عبد السلام علي المزوغي، النظرية العامة لعلم القانون، دار الجماهيرية للنشر، طرابلس، ١٩٨٨
٢٤. عبد الكريم العلاف، بغداد القديمة، الدار العربية للموسوعات بيروت، ٢٠٠٠
٢٥. عبدالباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، نشر وتوزيع المكتبة القانونية في بغداد، ٢٠٠٩

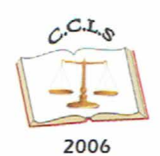
٢٦. قاسم تركي عواد، النظام القانوني للتعليم العالي في العراق، بغداد،
٢٧. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لعام ١٩٥٩، منشور في الوقائع العراقية العدد ٢٨٠
٢٨. القانون الاساسي العثماني، طبع بنفقة امين الخوري، بيروت، ١٩٠٨
٢٩. قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠لسنة ١٩٧٩
٣٠. القانون المدني العراقي رقم٤٠ لسنة ١٩٥١، اعداد صباح صادق الانباري، المكتبة القانونية بغداد، ٢٠٠٥
٣١. كمال عبد الواحد الجوهري، القصور التشريعي، القاهرة، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الاولى، ١٩٩٤.
٣٢. ماهر عبد الدرة، مبادىء علم العقاب، جامعة الموصل، ١٩٩٧ .
٣٣. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي القاموس المحيط / / مؤسسة الرساله / الطبعة الثانية / ١٩٨٧م / ١٤٠٧هـ/
٣٤. مجلة الاحكام العدلية، شرح علي حيدر، طبعة قديمة، بحيفا، بالمطبعة العباسية، سنة ١٩٢٥
٣٥. محسن خليل، الوجيز في الانظمة السياسية، الفتح للطباعة والنشر، الاسكندرية، ١٩٩٥
٣٦. محمد رفعت عبدالوهاب، مبادىء النظم السياسية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، ٢٠٠٢
٣٧. محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس بيروت، ١٩٨٥
٣٨. محمد عبدالله عنان، دولة الإسلام في الأندلس، الجزء السابع، مكتبة الأسرة، الهيئة المصرية للكتاب، ٢٠٠١
٣٩. محمد يوسف موسى، نظام الحكم في الاسلام، دار الفكر العربي، القاهرة
٤٠. مرثيديس غارثيا أرينال، الموريسكيون الأندلسيون، ترجمة الدكتور جمال عبد الرحمن، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة، ٢٠٠٣
٤١. معجم الإصطلاحات الكنسية
٤٢. المغني، دار الكاتب العربي، بيروت
٤٣. المقري، الكليات الفقهية، تحقيق محمد بن الهادي أبو الاجفان، الدار العربية للكتاب، ١٩٩٧
٤٤. المواق، التاج والأكليل، مكتبة النجاح، طرابلس
٤٥. النباهي الملقي الأندلسي، تأريخ قضاة الأندلس، دار الافاق الجديدة بيروت، ١٩٨٣
٤٦. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، مكتبة المعارف، القاهرة

فهرس المحتويات

هذا الكتاب

محاولــة للتعــرف علــى التفــسير المغــاير لمفهــوم حرفيــة الــنص القــانوني، فــإذا كانــت حرفيــة الــنص تعــني تطبيــق النــصوص القانونيــة المكتوبــة بحرفيتهــا، روح القــانون يعــني البحــث وراء الاســباب والــدوافع مــن وراء تلــك النــصوص والعمل على تحقيقها أو تطبيقها.

الغايــة مــن الكتــاب حــث المــشرعين والقــضاة علــى ان تكــون الرحمــة والانــصاف نــصب أعيــنهم وهــم يــشرعون القــوانين ويطبقونهــا وأن يبتغــوا مرضــاة الله ورســوله في عملــهم، وان لا يكــون تــشريع القــانون وتطبيقــه مجــرد ممارسة وظيفية رتبية جامدة لا روح فيها.



مركز أبحاث القانون المقارن

Center of Comparative Law Studies

Mob: + 964 750 445 9438
E.Mail: comparative_law@yahoo.com

إقليم كوردستان العراق - أربيل - شارع اسكان- قرب حديقة بروسك